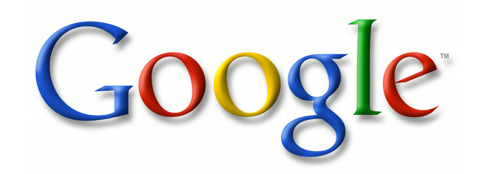
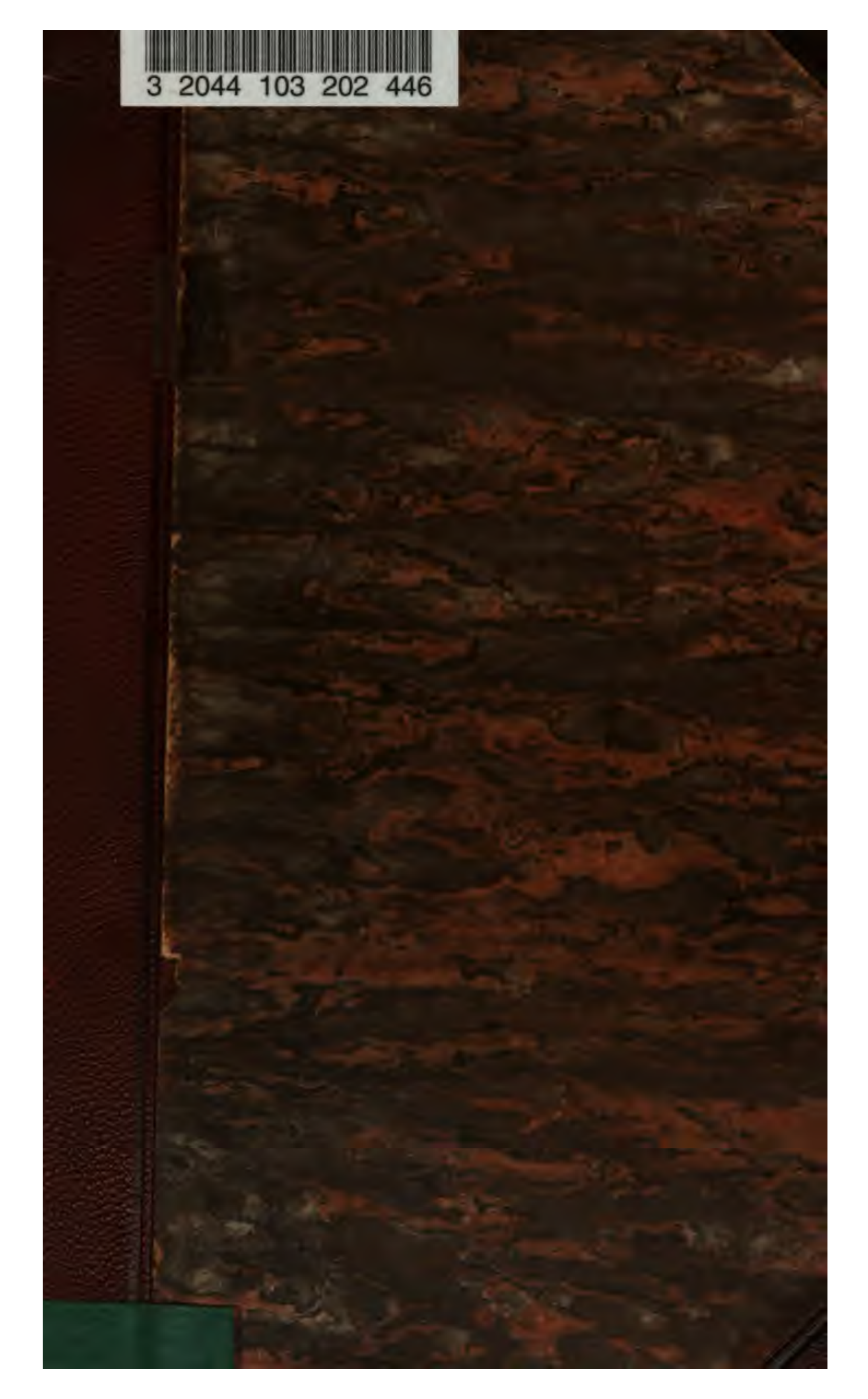
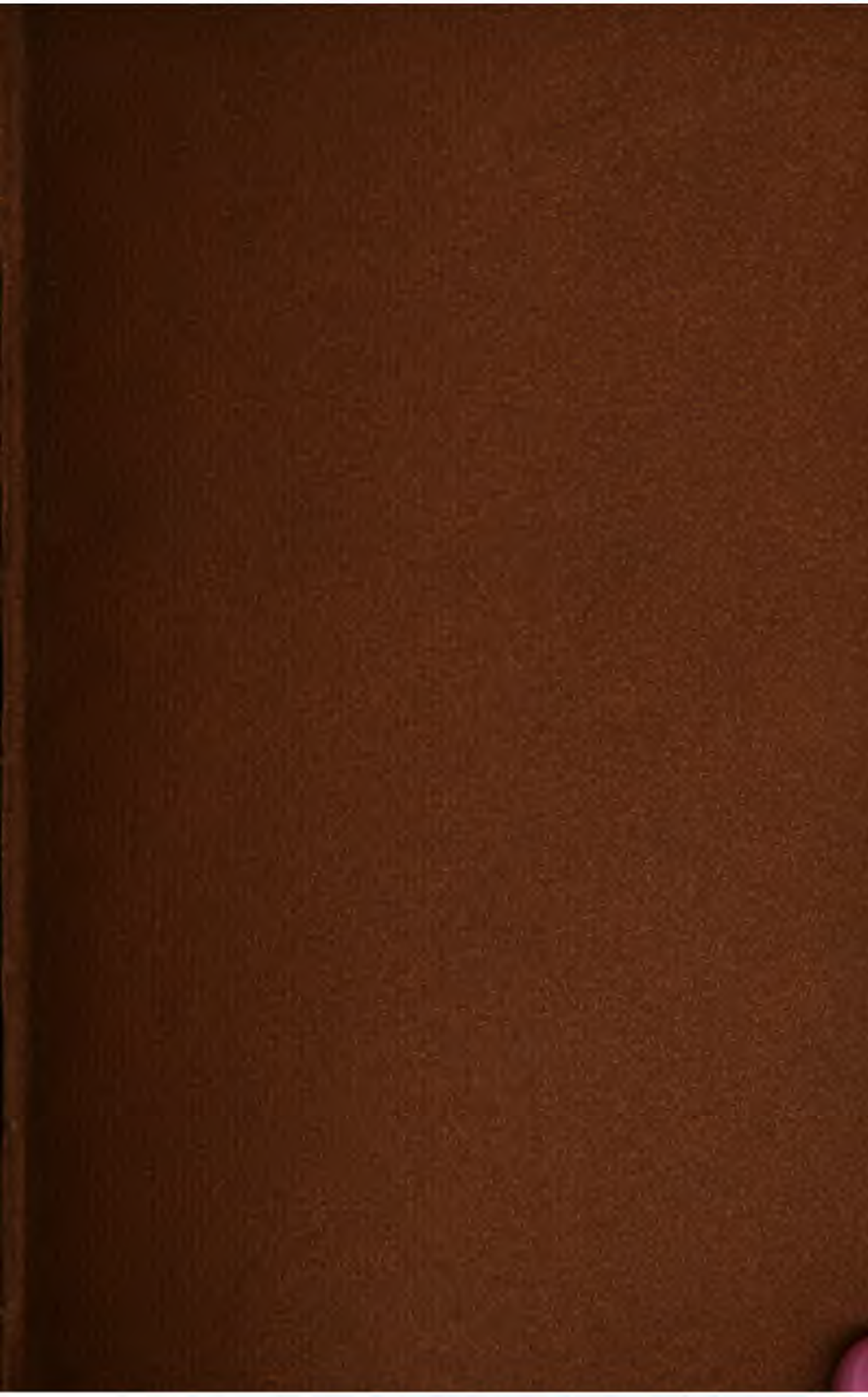

Google


3 2044 103 202 446



COURS

DE

DROIT NATUREL

OU DE

PHILOSOPHIE DU DROIT.

TOME SECOND.

COURS

DE

DROIT NATUREL

OU DE

PHILOSOPHIE DU DROIT,

COMPLÉTÉ,

DANS LES PRINCIPALES MATIÈRES, PAR DES APERÇUS
HISTORIQUES ET POLITIQUES,

PAR

HENRI AHRENS,

ANCIEN PROFESSEUR DE PHILOSOPHIE ET DE DROIT NATUREL AUX UNIVERSITÉS DE BRUXELLES ET DE GRATZ,
PROFESSEUR DE PHILOSOPHIE ET DES SCIENCES POLITIQUES A L'UNIVERSITÉ DE LEIPZIG, CHEVALIER, ETC.

HUITIÈME ÉDITION,

RÉIMPRIMÉE, APRÈS LA MORT DE L'AUTEUR, SUR LA SIXIÈME ÉDITION, ENTIÈREMENT
REFONDUE ET COMPLÉTÉE PAR LA THÉORIE DU DROIT PUBLIC ET DU DROIT DES GENS.

TOME SECOND,

CONTENANT LA PARTIE SPÉCIALE.



LEIPZIG:

F. A. BROCKHAUS.

1892.

For TX
A 2875

TABLE DES MATIÈRES

DU TOME SECOND.

PARTIE SPÉCIALE

DE LA

PHILOSOPHIE DU DROIT.

Exposition détaillée du droit des divers ordres de biens et du droit des sphères principales de la personnalité dans lesquelles ils sont réalisés.

PREMIER LIVRE.

DE L'ORDRE GÉNÉRAL DU DROIT.

PREMIÈRE DIVISION.

DU DROIT GÉNÉRAL DES BIENS DE L'HOMME.

PREMIÈRE SECTION.

DU DROIT DES BIENS PERSONNELS CONSTITUÉS PAR LES QUALITÉS ET LES BUTS DE LA PERSONNALITÉ HUMAINE.

CHAPITRE PREMIER.

CHAPITRE II.

DU DROIT CONCERNANT LES QUALITÉS ESSENTIELLES DE L'HOMME.

CHAPITRE III.

CHAPITRE IV.

DEUXIEME SECTION.

DU DROIT RÉEL OU DU DROIT DE L'HOMME SUR LES BIENS MATÉRIELS, ET SPÉCIALEMENT DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

INTRODUCTION.

DE LA PROPRIÉTÉ.

TITRE PREMIER.

THÉORIE PHILOSOPHIQUE OU RATIONNELLE DE LA PROPRIÉTÉ.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PROPRIÉTÉ ET DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

CHAPITRE II.

EXPOSITION CRITIQUE DES DIVERSES THÉORIES ÉTABLIES SUR LE DROIT DE PROPRIÉTÉ.

CHAPITRE III.

DÉVELOPPEMENT DE LA THÉORIE RATIONNELLE DE LA PROPRIÉTÉ.

CHAPITRE IV.

TITRE DEUXIÈME.

TITRE TROISIÈME.

POLITIQUE DE LA PROPRIÉTÉ, OU CONSIDÉRATIONS SUR L'ORGANISATION DE LA PROPRIÉTÉ DANS LA VIE SOCIALE.

TROISIÈME SECTION.

DU DROIT GÉNÉRAL DES OBLIGATIONS ET PARTICULIÈREMENT DE CELLES QUI CONCERNENT LE PATRIMOINE D'UNE PERSONNE.

TITRE PREMIER.

DU DROIT GÉNÉRAL DES OBLIGATIONS.

CHAPITRE PREMIER.

DES OBLIGATIONS CONSIDÉRÉES EN ELLES-MÊMES.

CHAPITRE II.

CHAPITRE III.

TITRE DEUXIÈME.

DU DROIT DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.

CHAPITRE PREMIER.

DES CONTRATS EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE II.

APERÇU DES DIVERSES FORMES DE CONTRATS.

DEUXIÈME DIVISION.

DU DROIT DES DIFFÉRENTES SPHÈRES DE VIE DANS LESQUELLES LES DIVERS GENRES DE BIENS SONT RÉALISÉS.

PREMIÈRE SECTION.

DU DROIT DES SOCIÉTÉS A BUTS SPÉCIAUX.

TITRE PREMIER.

DU DROIT DE SOCIÉTÉ EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE DE LA SOCIÉTÉ.

CHAPITRE II.

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

CHAPITRE III.

DEUXIÈME SECTION.

DU DROIT DES SPHÈRES DE VIE, EMBRASSANT CHACUNE A DIVERS DEGRÉS EN UNITÉ TOUS LES BUTS.

CHAPITRE PREMIER.

CHAPITRE II.

DU DROIT DE FAMILLE.

CHAPITRE III.

LIVRE DEUXIÈME.

DU DROIT PUBLIC DE L'ÉTAT.

PREMIÈRE DIVISION.

DOCTRINE GÉNÉRALE DE L'ÉTAT ET DE SES RAPPORTS AVEC L'ORDRE SOCIAL.

CHAPITRE PREMIER.

CHAPITRE II.

DU BUT DE L'ÉTAT.

DEUXIÈME DIVISION.

DE LA CONSTITUTION ET DE L'ADMINISTRATION DE L'ÉTAT.

PREMIÈRE SECTION.

DE LA CONSTITUTION ET DU DROIT CONSTITUTIONNEL.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA CONSTITUTION ET DES FORMES DE L'ÉTAT.

CHAPITRE II.

DE LA REPRÉSENTATION PUBLIQUE.

DEUXIÈME SECTION.

DE L'ADMINISTRATION ET DU DROIT ADMINISTRATIF DANS LE SENS LE PLUS GÉNÉRAL.

CHAPITRE PREMIER.

CHAPITRE II.

DU POUVOIR EXÉCUTIF EN PARTICULIER.

CHAPITRE III.

DE LA JUSTICE.

CHAPITRE IV.

DE L'ADMINISTRATION.

TROISIÈME DIVISION.

DES RAPPORTS DE L'ÉTAT AVEC LES ORDRES PRINCIPAUX DE VIE ET DE CULTURE.

PREMIÈRE SECTION.

DES RAPPORTS DE L'ÉTAT AVEC LES ORDRES PRINCIPAUX DE LA PERSONNALITÉ INDIVIDUELLE ET COLLECTIVE.

CHAPITRE PREMIER.

CHAPITRE II.

CHAPITRE III.

DEUXIÈME SECTION.

DES RAPPORTS DE L'ÉTAT AVEC LES PRINCIPAUX ORDRES DE CULTURE.

CHAPITRE PREMIER.

DES RAPPORTS DE L'ÉTAT AVEC LA RELIGION ET LES CULTES.

CHAPITRE II.

DES RAPPORTS DE L'ÉTAT AVEC LES SCIENCES, LES ARTS, ET AVEC L'INSTRUCTION.

CHAPITRE III.

CHAPITRE IV.

LIVRE TROISIÈME.

APERÇU SUR LE DROIT DES GENS.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NOTION, DE LA DIVISION ET DES PRINCIPES CONSTITUTIFS DU DROIT DES GENS.

CHAPITRE II.

PARTIE SPÉCIALE

DE LA

PHILOSOPHIE DU DROIT.

EXPOSITION DÉTAILLÉE DU DROIT DES DIVERS ORDRES DE BIENS ET DU DROIT DES SPHÈRES PRINCIPALES DE LA PERSONNALITÉ DANS LESQUELLES ILS SONT RÉALISÉS.

PREMIER LIVRE.
DE L'ORDRE GÉNÉRAL DU DROIT.

PREMIÈRE DIVISION.
DU DROIT GÉNÉRAL DES BIENS DE L'HOMME.

PREMIÈRE SECTION.
DU DROIT DES BIENS PERSONNELS CONSTITUÉS PAR LES QUALITÉS ET LES BUTS DE LA PERSONNALITÉ HUMAINE.

CHAPITRE PREMIER.

§ 43.

DE L'HOMME COMME FONDEMENT ET BUT DE TOUS LES DROITS.

L'histoire de la culture des peuples est dominée par une loi fondamentale à peine aperçue et manifestant pourtant, de la manière la plus éclatante, le dessein de la Providence pour le progrès moral de l'humanité; c'est la loi qui conduit lentement les hommes et les nations à travers les grandes périodes historiques à l'intelligence plus profonde et à la pratique plus étendue de cette vérité, que l'*homme* et son perfectionnement est le but vers lequel doivent tendre toutes les institutions, et que, par conséquent, tous les rapports doivent trouver leur règle et leur mesure dans le but har-

monique de la vie humaine. L'homme est le but, tout le reste n'est qu'un moyen pour sa culture: telle est la vérité qu'il importe de bien comprendre et de faire valoir dans la vie pratique. L'histoire, il est vrai, présente encore, sous bien des rapports, l'inverse de cette conception; elle nous fait voir l'homme partout assujetti par des institutions et des rapports que la passion de domination s'est ingéniée à construire; elle le montre absorbé dans la caste, dans la cité, dans l'État, dans la corporation, comme esclave, serf, attaché à la glèbe, à la machine; toutefois, dans les temps modernes, l'homme est de mieux en mieux compris dans sa nature plénière, dans sa dignité supérieure. La raison profonde de ces faits réside en ce que toute la conception de l'homme et l'organisation de sa vie est toujours un reflet de la manière dont il conçoit les rapports de Dieu avec le monde. Quand le polythéisme fit disparaître l'unité de Dieu dans la variété des forces et phénomènes principaux du monde (p. 255), l'homme, perdant son appui nécessaire, disparut aussi sous les diverses forces et puissances sociales, pour devenir un objet, un instrument à employer pour diverses organisations, une matière capable de recevoir l'impulsion, l'empreinte et les formes les plus différentes. Nous avons déjà constaté les conséquences principales que le polythéisme dans toute l'antiquité amena pour l'ordre social. Dieu ayant été perdu dans le monde, l'homme fut absorbé dans la société. Dieu et l'homme se retrouvèrent dans le christianisme; la conception de Dieu, au dessus du monde créé par lui, fit relever l'homme au dessus de toutes les institutions, lui communiqua la conscience de sa causalité propre pour tous les rapports pratiques, et le constitua comme but final de l'ordre social. Mais cette doctrine avait besoin d'être plus développée et d'être mise en pratique, et ce n'est que par un labeur lent et difficile des siècles que l'idée fondamentale du christianisme, longtemps obscurcie dans les intelligences, défigurée souvent par les institutions qui en devaient être les organes, a été

de plus en plus éclairée par la philosophie. C'est surtout depuis la fin du dernier siècle que les nobles principes d'humanité ont été cultivés par de grands philosophes, historiens, poètes et littérateurs[1]; ils ont reçu une première formule politique abstraite dans les révolutions américaine et française, et ils doivent servir de règles suprêmes pour toute la codification civile et politique. Humaniser la législation, tel doit être le point de mire et le but constant de toutes les réformes civiles et politiques, et c'est à la philosophie du droit d'en établir les principes généraux. Nous avons d'abord à préciser la question en elle-même.

Quand nous envisageons cette question d'un point de vue historique général, nous pouvons constater comme le fait le plus propre à fortifier les espérances pour l'avenir, que, depuis le christianisme, les idées d'humanité ont fait d'incessants progrès, que ce qu'on peut appeler la mesure moyenne ou le niveau général de la culture humaine s'est insensiblement élevé, que la condition physique, intellectuelle et morale des classes inférieures s'est améliorée par la part plus grande qu'elles ont prise à tous les biens de la culture, et que la législation, en visant encore mieux à ce but, peut, sans dépasser les limites de son action, accélérer ces progrès. Si, dans l'économie politique, on a constaté que ce qu'on appelle en anglais le «*standard of life*», c'est-à-dire l'étalon ou la mesure moyenne de bien-être à laquelle l'ouvrier s'est habitué, devient le régulateur dans l'échange de

[1] En Allemagne, une véritable époque humaniste s'est formée à la fin du siècle précédent et a été continuée principalement par les *Lessing* (dont les *Briefe,* etc., lettres sur l'éducation du genre humain, ont été traduites plusieurs fois en français), *Kant*, *Herder*, *Schiller*, *Gœthe*, *Jean-Paul (Richter)*, *Fichte*, *Rückert*, *Krause*, et d'autres. Toute la philosophie pratique de Krause a sa racine dans l'idée de l'humanité, conçue, non d'une manière abstraite dans un vague humanitarisme, mais dans ses rapports intimes avec la divinité et avec toutes les idées divines de la vie humaine. L'ouvrage de Krause, *Urbild der Menschheit*, 1808 (Idéal de l'humanité), a été rendu, dans une forme modifiée, en espagnol par M. Sanz del Rio (professeur à l'université de Madrid), *Ideal della Humanidad*, Madrid, 1860.

son travail contre un salaire et constitue le minimum au-dessous duquel il ne descend pas dans ses offres : on peut heureusement observer en général que les besoins de culture se répandent de plus en plus et passent dans les habitudes des classes inférieures, et il importe que la législation de son côté réponde à ces besoins et contribue pour sa part à l'*élévation graduelle de la mesure moyenne de la culture humaine*. On pourrait croire que l'État n'a pas à intervenir par des lois dans ce mouvement progressif de la culture, que la liberté en est la force créatrice et le meilleur régulateur. Mais c'est une erreur réfutée par les vrais principes et par l'expérience. L'État, comme nous le verrons encore plus tard (voir la théorie du droit public), étant lié, par le principe du droit, avec tout l'ordre éthique des biens, et étant, à une époque donnée, le reflet des mœurs d'un peuple, doit aussi fixer, par les lois, le degré de culture, dont les mœurs sont le témoignage le plus évident, à l'effet de faire des bonnes habitudes, comme d'un capital moral acquis d'un peuple, la base et la source féconde des perfectionnements ultérieurs. Ces mœurs et habitudes constituent alors le minimum des droits et des obligations que l'État doit fixer par sa législation. Jusqu'à présent, ce n'est que d'une manière très-restreinte que les États se son acquittés de ce devoir; mais ce qu'ils ont fait peut faire comprendre en principe la route dans laquelle ils doivent entrer plus résolument. C'est ainsi que les États allemands (l'Autriche y comprise) ont établi l'instruction obligatoire pour les premiers éléments des connaissances de la morale et de la religion, en veillant par là à ce qu'aucun homme n'entrât dans la société sans connaître ses devoirs principaux et sans être muni des moyens intellectuels nécessaires pour les remplir et les plus propres pour garantir la société et l'individu lui-même de bien des fautes et crimes dont l'ignorance est la source principale. Dans d'autres pays, des maximes de liberté abstraite ou des arrière-pensées confessionnelles ont retardé

la reconnaissance de ce premier droit naturel de l'être humain, qui naît, non-seulement membre de la famille, mais aussi de la société, dont la tutelle supérieure doit aussi le protéger contre l'ignorance, l'égoïsme et le mauvais vouloir de ses parents. Mais, à mesure que la démocratie fait des progrès par la grande extension du droit de suffrage, on devra comprendre dans tous les pays, que l'instruction obligatoire est le principal moyen pour assurer à ce droit une bonne application et pour conjurer aussi les dangers qu'il recèle. Cependant, ces mêmes pays, qui, jusqu'à présent, ont décliné le devoir de protection morale envers des enfants, se sont vus obligés, à la demande de la classe ouvrière et à la voix de l'humanité, d'abandonner les maximes de liberté abstraite, en fixant, par la législation, le maximum des heures du travail industriel, soit pour un certain âge (18 ans), comme en Angleterre, soit sans distinction d'âge et de sexe, comme en France (v. § 45). Cette législation, tout en portant une grande restriction à la liberté des contrats, est néanmoins conforme aux vrais principes, parce que la liberté elle-même a son dernier but et son régulateur dans l'humanité, qui lui trace aussi les dernières limites qu'elle ne doit point dépasser. C'est d'abord à la science et à toute la presse de faire entrer ces exigences de l'humanité dans la conscience nationale; mais, quand cette conscience s'est formée, c'est à l'État de la formuler et de la fixer dans la loi, comme une étape en avant dans le progrès de la culture de l'humanité et comme une barrière contre toutes les tentatives rétrogrades. C'est ainsi que nos législations modernes ne permettent pas qu'un homme se constitue par contrat esclave ou serf d'un autre, qu'on rétablisse, par libre disposition ou par contrat, des institutions, par exemple le droit d'aînesse ou l'emphytéose, abolies en vue de principes d'humanité et de véritable liberté. Le progrès du droit et de la législation se manifeste donc essentiellement par ce fait, que l'humanité gagne du terrain sur les passions égoïstes, que la

liberté de l'arbitraire est changée de plus en plus en liberté morale par les buts vraiment humains qui lui sont proposés. Le mouvement si varié de la liberté doit donc être réglé par des idées éternelles, invariables, d'humanité, pour que toute la société devienne un ordre dans lequel tout ce qui est changement temporel se trouve lié et réglé par des principes éternels et immuables.

Quand nous examinons plus en détail les principes eux-mêmes, qui, découlant du principe général d'humanité, doivent servir de boussole à la science du droit et à la législation, nous devons placer en premier ligne le grand principe d'*unité* et d'*harmonie* de la vie et de la culture humaine. C'est par ce principe que tout ce qui est fait par l'homme, conçu par lui comme un bien, comme but ou moyen, doit être ramené à une unité supérieure, pour être ou modéré ou plus développé, selon les exigences de l'harmonie de la culture. Dieu, avons-nous dit ailleurs, qui a créé, non des fragments d'homme, mais des êtres complets, veut aussi que tout ce qui est humain soit cultivé comme un élément et un complément d'un tout harmonique supérieur. C'est donc l'homme qui est la tige de toutes les branches d'action, et le bien humain dans son unité est la règle et la mesure de tous les biens particuliers. Par cette raison, toutes les sciences pratiques qui traitent de la culture de l'un ou de l'autre bien doivent prendre leur point de départ, non dans le principe du bien spécial dont elles s'occupent, mais dans l'homme qui en est la base et le but; car le bien comme tel dans une science est encore une abstraction, et, étant traité d'une manière exclusive, sans égard aux autres biens avec lesquels il doit s'harmoniser, il peut devenir la source de grands égarements. C'est ce qu'on vient de comprendre enfin dans un des domaines pratiques les plus importants, dans l'économie nationale, traitant de la production, de la distribution et de la consommation des biens représentés dans un objet matériel; dans cette science, l'intelligence se répand que ces biens

ne peuvent pas eux-mêmes servir de principes d'appréciation pour le travail économique, parce que certains modes d'exploitation, par exemple le travail d'enfants, peuvent augmenter la somme de ces biens ou en réduire le prix, quoique ces modes doivent être reprouvés comme attentatoires à d'autres biens dignes d'être conservés ou cultivés; on a donc demandé que l'économie nationale fut établie sur une base éthique [1], et que le point de départ fut dorénavant, non le principe abstrait des biens, mais l'*homme* envisagé seulement dans ce domaine sous une face particulière de son activité et restant la mesure d'appréciation pour tout ce qu'on veut faire valoir comme un bien économique. Dans une vue encore plus élevée, on a également compris, dans l'économie nationale, que chaque nation doit viser à une totalité économique complète, en cultivant à la fois, dans une bonne proportion, les trois branches économiques, la production première (surtout l'agriculture), l'industrie et le commerce, et que l'Angleterre, nation économique complète, doit, à cet égard, servir de modèle à d'autres nations, qui, sans adopter un système douanier vicieux, peuvent pourtant, par des mesures temporaires protectrices, tendre à élever certaines branches économiques, qui, dans l'union et dans la culture harmonique, trouvent la meilleure augmentation de leurs forces. Or, ce qui est vrai de l'ordre économique s'applique à l'ordre social tout entier. Chaque nation est une personnalité humaine collective, appelée à cultiver tout ce qui est humain dans une belle proportion particulière; car l'humanité infinie en essence porte en elle des richesses de culture que tous les peuples n'épuiseront jamais, et, de même que tant de belles figures

[1] Voir sur l'école éthique de l'économie nationale, la théorie du droit public (rapports de l'État avec l'ordre économique). La pensée fondamentale que l'*homme* doit être le point de départ et le but de cette science a été bien formulée par M. Schaeffle (professeur à Tubingue), dans son écrit: *Der Mensch und das Gut* (l'homme et le bien), et dans son *Système social d'économie humaine et nationale (Gesellschaftliches System*, etc.), 1867.

humaines font resplendir la noble forme et la face sublime de l'homme, sans en épuiser jamais le fond idéal, de même toutes les nations ont la mission de représenter, par la culture de tous les éléments et de tous les buts humains, dans une belle proportion originale, une noble forme de l'humanité. C'est précisément l'État qui, par le principe organisant et harmonisant du droit (§ 19), a le devoir de veiller à ce que toutes les forces de culture qui sont à l'état latent dans chaque nation puissent arriver à l'éclosion et constituer dans son sein un tout de culture harmonique; et c'est par là que chaque nation, croissant en puissance de culture, deviendra en même temps apte à présenter les faces et les objets les plus variés pour un commerce de plus en plus intime.

Les principes que nous venons de constater pour la nation et l'État en général doivent servir de boussole dans toutes les matières du droit privé et du droit public. Dans toutes les questions, il ne faut donc jamais perdre de vue que le droit existe pour la culture, et que celle-ci ne doit pas briser en fragments la vie et l'activité de l'homme, mais en présenter l'harmonie de plus en plus parfaite, que les diverses matières de droit doivent être traitées sous toutes leurs faces principales, et que tous les droits doivent être exécutés dans un esprit d'humanité.

C'est dans l'exposition des matières principales que l'on trouvera la justification de ces principes; en attendant, nous avons à considérer en général les droits qui découlent de la nature de l'homme et de l'humanité.

§ 44.

DES DROITS DE L'HOMME EN GÉNÉRAL.

L'existence de droits indépendants et au-dessus des conventions humaines était déjà admise dans l'antiquité. Avec une belle simplicité, Sophocle fait dire à Antigone (vers 456): «Ce droit n'est pas de ce jour, ni d'hier, il vit éternellement,

et personne ne sait quand il parut». Cependant, un grand progrès restait à faire, pour reconnaître le droit éternel divin, règnant *sur* les hommes, comme un droit existant *dans* l'homme, inné à sa nature et découlant du principe divin qui se manifeste dans sa raison. Cette conception, préparée par Platon, plus précisée par les Stoïciens (§ 42), fut redevable de ses fondements religieux au christianisme, qui, en relevant l'homme vers Dieu, en le plaçant au-dessus de l'État, reconnut la justice comme étant avant tout une vertu de vie interne, ayant pour premier objet le règlement des rapports internes avec Dieu; mais c'est la réformation religieuse qui, en opposition à l'ordre oppressif du moyen-âge, fit d'abord valoir les droits de la personnalité libre dans le domaine religieux, et prépara la voie à la philosophie du droit, qui, en modifiant la conception chrétienne de l'homme *au-dessus* de l'État, par la doctrine d'un état de l'homme *avant* l'État (état de nature), développa la théorie des droits de la personnalité comme droits naturels régulateurs pour l'ordre civil et politique. La doctrine des droits naturels fut déjà professée aux temps de la révolution anglaise, et trouva sa première application pratique dans le «*bill of rights*», 1689, contenant la déclaration des droits et libertés du sujet anglais; presque un siècle plus tard, la doctrine des droits naturels fut plus nettement formulée dans la déclaration des représentants assemblés en congrès des États-Unis d'Amérique, le 4 juillet 1776, faite «avec la ferme confiance dans la protection de la providence divine, devant le monde honnête, et en garantie mutuelle de la vie, de la fortune et de l'honneur de tous les membres», et portant que «les représentants considèrent comme une vérité évidente, que tous les hommes naissent égaux, tenant du créateur certains droits inaliénables auxquels appartiennent la vie, la liberté et la recherche du bonheur, et que, pour protéger ces droits, des gouvernements ont été institués, dont les droits dérivent du consentement des gouvernés. Cependant cette déclaration ne fut pas insérée dans la constitution

des États-Unis du 17 septembre 1787, qui fixa seulement, dans quelques additions, les principaux droits politiques du citoyen. C'est la révolution française qui place à la tête de ses trois premières constitutions, de 1791, 1793 et 1795, ces droits comme droits de l'*homme* et du citoyen. Bien des accusations ont été portées contre ces déclarations, qu'on a présentées comme de dangereuses abstractions, qui, par le vague de leur conception, devaient éveiller dans le peuple des prétentions démesurées, ouvrir le champ à toutes les extravagances, conduire à la fin à la tentative fanatique du communisme par la conspiration de Babeuf, et préparer, par la forte réaction des besoins de l'ordre et du repos intérieur, l'absolutisme militaire et impérialiste [1]. Mais il y a des causes plus profondes pour des aberrations et débordements révolutionnaires. Quand un peuple, laissé par l'Église et l'État dans une profonde ignorance, a dû s'habituer, dans une longue servitude, à un absolutisme omnipotent, il est naturellement porté à croire que le gouvernement peut bien devenir la source et la cause du bien, comme il a été si longtemps auparavant la cause de tant de maux. Ces doctrines socialistes et communistes trouveront donc toujours l'appui le plus fort dans un ordre social où un pouvoir absolutiste a brisé tous les ressorts de vitalité et d'action propres. Au contraire, la déclaration des droits avait pour but de rendre au peuple la conscience de lui-même et de marquer dans les droits, non-seulement l'étendue, mais aussi les limites de ses prétentions, et le socialisme était si anti-

[1] Ces appréciations étroites se trouvent aussi dans la *Geschichte der französischen Revolution* (Histoire de la révolution française), par M. de Sybel, ouvrage qui a été soumis à une critique sévère, mais, selon nous, juste sous des rapports essentiels, par M. Challemel-Lacour, dans un article de la *Revue des Deux Mondes*, du 15 décembre 1867. Toutefois il y a une vérité qu'il importe de constater, c'est que, à part de la question des droits naturels, le mouvement si prononcé vers l'unité — la république une et indivisible — devait nécessairement conduire à la centralisation et frayer par là la voie à tout despotisme civil et militaire. (V. T. I, p. 32.)

pathique, même à la convention nationale, que la constitution de 1793, qui est allée le plus loin dans les déclarations de droits, a eu bien soin de garantir la propriété (art. 19). Considérée en elle-même, la déclaration des droits était une œuvre des esprits généreux, qui, sentant vivement le besoin de faire sortir la société de l'arbitraire de l'absolutisme et de l'asseoir sur des fondements invariables, voulaient en quelque sorte jeter l'ancre dans le fonds éternel de la nature humaine et formuler nettement les droits qui en dérivaient et qui étaient le fruit de plus d'un siècle de travail philosophique. Et l'œuvre n'a pas été vaine ni stérile! elle a fait pénétrer de plus en plus dans la conscience des peuples les principes fondamentaux de toute vie sociale; et toujours quand un peuple, après un grand changement politique ou une révolution, a voulu donner des garanties à son libre développement, il a placé ces droits dans sa nouvelle constitution, comme l'a fait la Belgique en 1830, la France de nouveau dans la constitution de 1848, l'Allemagne dans la constitution fédérative (rejetée) de 1849, l'Autriche en 1867, et d'autres pays. Ce que Lord Chatham disait des droits que les barons normands forcèrent le roi Jean à reconnaître dans la *Magna Charta libertatum* de 1215, que le latin barbare de ces barons en harnais (*iron barons*): *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur nisi per legale judicium parum suorum*, etc., valait autant que tous les classiques (*are worth all the classics*), est vrai de tous les droits fondamentaux, qui, bien compris et pratiqués, valent plus que tout le droit romain.

Toutefois il y a plusieurs graves reproches à faire aux déclarations telles qu'elles ont été formulées en France. D'abord, elles portent trop le caractère de généralité abstraite, qui conduit facilement à des applications erronées. Nous ne leur reprochons pas d'avoir eu la prétention de formuler, avant tout, les droits de l'homme, et non pas seulement ceux du citoyen français: car, en effet, ces droits sont ceux de la personnalité humaine que l'État a bien à reconnaître, mais

non à constituer, et il était naturel que l'homme, foulé auparavant aux pieds par le soi-disant État, se redressât et se constituât soi-même comme la source de ses droits. Mais d'abord, dans ces droits de l'homme, ce qui manque, c'est l'humanité, c'est la reconnaissance de l'homme sacré et inviolable dans sa personne, c'est la juste entente de cette vérité que tous les droits particuliers restent subordonnés au droit général d'humanité, qu'ils n'ont qu'à spécifier, à expliquer et à développer; en dégageant les branches on avait oublié la tige qui les vivifie et les nourrit. Combien de cruautés eussent été évitées, si, à la tête de tous ces droits, on avait pu mettre, avec l'approbation de la conscience nationale, comme elle l'approuvera sans doute un jour, le principe fondamental: «l'homme est sacré et inviolable dans sa personne»; car ce droit d'humanité est le fondement, la règle et la limite de tous les droits particuliers. Un autre défaut d'abstraction dans ces déclarations est que les droits y sont présentés comme existant pour eux-mêmes, ayant une valeur absolue, tandis que, d'un côté, les droits n'existent au fond que pour rendre possible et plus facile l'accomplissement des devoirs tracés en général par les buts de l'homme, et que, d'un autre côté, ils doivent avoir leur racine dans la conscience publique, être préparés par le développement historique. Sans doute, une constitution ne peut pas être un code moral, et placer toujours à côté des droits les devoirs pour lesquels ils existent, mais elle peut énoncer le principe général et ramener les droits et les devoirs à la source commune de l'humanité. Cette vérité s'était aussi présentée à l'esprit des législateurs. Tandis que, dans la première constitution du 3 septembre 1791, on s'était borné à déclarer comme droits naturels et imprescriptibles, «la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression»; la seconde constitution (aussitôt suspendue) du 24 juin 1793, en plaçant à la tête des droits mentionnés «l'égalité», entreprend de donner à la liberté pour règle la justice et pour

limite *morale* le pécepte : «ne fais pas à autrui ce que tu ne veux pas qu'on te fasse», et la troisième constitution du 23 septembre 1795 y ajoute le précepte positif : «fais à autrui le bien que tu veux qu'on te fasse», et elle déclare «qu'aucun n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon ami, bon époux»; enfin la constitution de la république française du 4 novembre 1848 entra encore plus dans cette voie, en essayant de résumer dans quelques principes généraux, non-seulement les droits, mais aussi les devoirs des citoyens, en déclarant d'abord que la république, constituée «en pré«sence de Dieu et au nom du peuple français, reconnaît des «droits et des devoirs plus anciens et plus élevés que les «lois positives, qu'elle a pour principes la liberté, l'égalité et «la fraternité, pour fondement la famille, le travail, la pro«priété, l'ordre public», et elle entreprend ensuite, ce qu'on n'avait pas encore fait, de déterminer «les devoirs réciproques «de la république et des citoyens» (assignant à ceux-ci, par exemple, le devoir d'aimer et de défendre la république, de se procurer par le travail les moyens de subsistance, et de s'assurer par la prévoyance des ressources pour l'avenir, de contribuer, et au bien-être commun, en s'aidant fraternellement, et à l'ordre général, en observant la loi morale et les lois écrites qui dirigent la société, la famille et l'individu; assignant d'un autre côté, à la république le devoir de protéger le citoyen dans sa personne, sa famille, sa confession, sa propriété, son travail; de rendre accessible à chacun l'instruction indispensable pour tous; d'assurer, par l'assistance fraternelle, la subsistance des citoyens indigents, en leur procurant du travail pour autant que ses moyens le permettent, ou en prêtant, au défaut de famille, l'assistance à ceux qui sont hors d'état de travailler); et c'est pour l'accomplissement de tous ces devoirs et pour la garantie de tous ces droits que l'assemblée décréta la constitution de la république. Mais, tout en reconnaissant la bonne intention tendant à assigner aux droits, comme but, règle et limite, les devoirs, et sans réprouver la

pensée de préciser, en quelques principes généraux, les rapports essentiels de droit et d'obligation entre l'État et ses membres, il y a cependant une condition qui seule peut légitimer et régler de pareilles déclarations, c'est que les principes qu'elles renferment soient bien précisés et qu'ils aient été préparés par la science, par la presse, par la discussion publique, pour n'être plus qu'un résumé de la conscience nationale éclairée. Mais cette condition a manqué quant à plusieurs des droits contenus dans ces déclarations trop vagues, renfermant aussi quelques erreurs dangereuses par la confusion de devoirs moraux avec les droits que la constitution doit sanctionner. Si la dernière constitution avait déclaré l'instruction élémentaire obligatoire, au lieu de la rendre seulement accessible pour tous, elle aurait bien mérité du peuple et jeté des fondements solides pour l'exercice de tous les devoirs et de tous les droits. Dans toutes ces déclarations enfin, on peut signaler comme une erreur fondamentale l'opinion dont elles portent l'empreinte, que les formes et les formules constitutionnelles ont la force de changer le fonds de la vie d'une nation, son caractère, ses tendances, les passions même dont elle est inspirée. Les auteurs de la constitution de 1848 allaient bientôt apprendre qu'une république ne se fonde pas dans une nation qui, d'un côté, par une centralisation administrative outrée, par les souvenirs impérialistes qu'entretenaient des écrits littéraires et historiques, et, d'un autre côté, par les doctrines communistes et socialistes, avait été poussée à l'impérialisme comme à l'éruption nécessaire du mal interne dont le corps social français était depuis longtemps tourmenté, et qui lui avait fait perdre de vue les conditions fondamentales d'un gouvernement libre, consistant avant tout dans les habitudes de *self-government*, pratiquées ou au moins préparées par de bonnes constitutions de la commune, du département et de la province. Quand on ne tient pas compte de ces conditions pratiques, on se laisse égarer par un autre genre d'abstraction,

qui laisse en quelque sorte flotter en l'air les droits, sans leur donner un corps dans les institutions correspondantes qui leur assurent l'application.

Nous reconnaissons ainsi qu'il y a des droits naturels, inhérents à la nature de l'homme, que les constitutions doivent sanctionner, non dans la forme de déclarations générales, mais avec la précision exigée pour toute bonne détermination d'un droit.

Les droits naturels sont de deux sortes, les uns constitués par les *qualités* essentielles de l'homme, la personnalité vivante, la dignité, l'honneur, l'égalité, la liberté et la sociabilité, les autres par les *buts* que l'homme doit poursuivre par son activité.

CHAPITRE II.

DU DROIT CONCERNANT LES QUALITÉS ESSENTIELLES DE L'HOMME.

---

§ 45.

DU DROIT DE LA PERSONNALITÉ.

La qualité *générale* de l'homme, qui embrasse toutes les autres et en constitue l'unité, est *sa qualité de personne.* La personnalité humaine consiste, comme nous l'avons vu (§ 16), dans l'union de deux éléments distincts: l'un absolu et divin, se manifestant dans la *raison*, l'autre contingent et fini, se révélant dans l'*individualité.* La raison, élevant l'homme au-dessus de son individualité étroite, ouvre à son intelligence le monde des principes, des lois, des idées éternelles du bien et du vrai, élargit et ennoblit ses sentiments et assigne des buts généraux à sa volonté. C'est la raison qui

donne à l'homme la conscience de lui-même, c'est elle qui. en éclairant l'esprit, lui permet de se distinguer lui-même comme sujet et comme objet, et de juger ses actes et toute sa vie d'après les idées rationnelles. La liberté elle-même est un produit de l'union de la raison avec le principe individuel de la volonté. La personnalité doit donc être distinguée de la simple individualité. La brute est un être individuel; l'homme seul est une personne, parce qu'il est doué de la raison; celle-ci est donc la cause de la personnalité, de ce pouvoir par lequel l'homme se saisit et se résume dans l'unité et la totalité de son être, dans le *moi*, par lequel il se détache et se distingue absolument de tout ce qui est, de Dieu et du monde entier. La raison, impersonnelle dans son origine en Dieu, force et lumière commune de tous les hommes, s'unit avec l'élément fini et sensible dans l'homme. devient par là personnelle, entre dans les conditions d'existence de l'être fini, peut être obscurcie et affaiblie, mais reste la force par laquelle l'homme peut être ramené à la source suprême de toute vie et de toute vérité.

La personnalité humaine a un caractère absolu et sacré par le principe divin qui maintient l'homme au-dessus des conditions du temps et de l'espace, et ne le laisse jamais se perdre complétement. L'homme reste homme et doit être considéré et respecté comme tel dans toutes les situations de la vie; quelque profonde que puisse être sa chute morale, il conserve la force de se relever; aucun homme n'a le droit de qualifier un autre d'incorrigible; s'il n'est pas corrigé, la faute en est aux moyens insuffisants qui ont été employés.

La personnalité humaine est méconnue à la fois par les systèmes sensualistes et matérialistes et par les systèmes panthéistes. Les premiers, en ne voyant dans la raison et les idées rationnelles que des sensations transformées, réduisent l'homme à la condition de l'animal borné à la per-

ception des faits sensibles[1]; les autres, en voyant dans l'homme un pur mode du développement de la substance divine, en méconnaissant en lui le principe individuel, le confondent avec la Divinité et doivent par conséquent nier la liberté de l'esprit, sa responsabilité morale et son immortalité personnelle[2].

[1] Si nous revenons encore une fois à la question du matérialisme (v. t. I, p. 112), si démoralisant pour toute la vie humaine, c'est pour constater ici que le matérialisme, tel qu'il est professé aujourd'hui en Allemagne par quelques intelligences égarées, loin de marquer un progrès scientifique sur le matérialisme du dix-huitième siècle en France, est tombé bien plus bas, parce qu'il a perdu complétement le sens et le besoin d'une argumentation méthodique. Les matérialistes français savaient que toute solution dépend de la question de l'origine des connaissances, et ils s'appuyaient sur les démonstrations que Condillac leur paraissait avoir fournies pour la doctrine du sensualisme. Mais les matérialistes allemands, bien que la physiologie elle-même ait mieux examiné le mode d'exercice de certains sens, et que par exemple la théorie de la vue, comme l'a démontré un ophthalmologue célèbre (notre ami Ruete, † 1867, dans son écrit: *Ueber die Existenz der Seele vom naturwissenschaftlichen Standpuncte,* de l'existence de l'âme du point de vue de la science naturelle, Leipzig, 1863), soit bien propre à leur opérer la cataracte intellectuelle, ils s'attribuent le privilége de ne tenir compte d'aucun fait qui renverse leur doctrine, et, tout en étant obligés de concéder que la *conscience propre* est inexplicable par la théorie des nerfs, et que même le sentiment, comme d'autres physiologistes l'ont constaté, présuppose encore un agent distinct de l'irritation des nerfs, ils déclarent comme un dogme accepté d'une foule ignorante, que l'esprit n'est qu'un produit (une action de phosphore) du cerveau, et que l'homme n'est qu'une transformation de la bête, un descendant du singe, qui s'est perfectionné jusqu'à créer le langage articulé. Mais, sans mentionner ici la *fiction* de l'existence primitive d'un être *intermédiaire* comme source commune du singe et de l'homme, fiction appuyé d'aucun fait et résolvant la question par la question, le caractère bien compris de la raison et de son rapport intime avec le langage articulé fournissent déjà une preuve suffisante que le singe, privé du principe divin de la raison, seule force de perfectionnement, n'a jamais pu créer le langage articulé. Aussi longtemps que ceux qui se présentent comme les descendants du singe ne démontrent pas, par un fait de l'expérience, que le singe, comme père ou frère des hommes, peut aussi apprendre le langage, toutes les théories que ces matérialistes bâtissent sur des états primitifs très-imparfaitement connus, ne sont que des fictions qui s'évanouissent devant les faits réels et incontestables de l'expérience. C'est chose regrettable que d'entendre parler de leçons faites en présence d'un public qui se pâme d'aise d'apprendre sa descendance du singe ou sa parenté avec lui; mais il est aussi du devoir de la science de se prononcer ouvertement contre cet abrutissement de l'homme, et de proclamer cette théorie ce qu'elle est, un dévergondage déshonorant la raison et la science de l'homme.

[2] Nous entendons par panthéisme les doctrines qui ne reconnaissent qu'un seul être ou une seule substance dont le monde est le développement successif. D'après ces systèmes, Dieu et l'univers ne sont qu'une

Les uns et les autres aboutissent à des conséquences sociales qui violent les droits de la personnalité.

L'homme est, par sa personnalité, but en lui-même, et ne peut être traité comme chose, comme moyen. La personnalité est la raison de la *capacité* de droit. Cette vérité était comprise par le droit romain, qui faisait dériver le *caput*, ou la capacité de droit, de la qualité de personne, mais sans identifier celle-ci avec la nature de l'homme; l'esclave était un *homo* et pas une *persona*, celle-ci n'étant constituée que par la reconnaissance de l'État. C'est par le christianisme et la philosophie que ces deux notions ont été identifiées.

Le *droit* qui se rapporte à cette qualité de l'homme est le *droit de personnalité*, qui renferme *l'ensemble des conditions d'où dépendent le respect, la conservation et le développement de la personnalité sous toutes ses faces et dans toutes ses manifestations.* Ces conditions doivent être remplies d'abord par la personne elle-même, ensuite par d'autres personnes qui ont au moins à s'abstenir de toute lésion de ce droit. Comme la personnalité et les qualités qu'elle renferme ne sont pas des acquisitions de notre volonté, mais des propriétés que nous tenons de l'Être suprême, qui en exige le respect et l'inviolabilité, personne ne peut, par aucun contrat, y renoncer en faveur d'un autre ou de la société;

seule chose; les êtres finis sont absorbés dans l'Être infini; loin de posséder un principe éternel d'individualité, ils ne sont que les modes d'évolution de la substance qui se développe dans l'univers d'après des lois nécessaires et fatales. Une doctrine, au contraire, qui, comme celle de Leibniz et de Krause, établit un principe éternel d'individualité, et reconnaît Dieu comme l'Être infiniment personnel, existant aussi au-dessus du monde, doit aboutir à des conséquences toutes différentes. Si cependant on entend par panthéisme toute doctrine qui admet que le monde existe en Dieu et que Dieu est aussi essentiellement présent dans le monde, il faut donner ce nom, pris dans un sens qui n'est justifié en aucune manière par l'histoire des systèmes philosophiques, aux plus grands philosophes comme aux plus profonds théologiens, à tous ceux qui ne se payent pas de mots et qui reconnaissent Dieu comme l'Être un, infini, absolu, cause et raison de toutes choses. — Voir sur la question du panthéisme, «l'Essai théorique et historique sur la génération des connaissances humaines, dans ses rapports avec la morale, la politique et la religion», p. 759, s., par M. G. Tiberghien.

l'homme ne peut aliéner sa personne, ni entièrement, ni dans quelque qualité fondamentale, et, quels que soient les actes qu'il puisse commettre, jamais ces actes ne donnent aux autres le droit de le traiter comme une chose; car la personnalité n'étant pas un résultat de nos actes, elle ne peut pas non plus se perdre par eux.

Aux législations incombe donc la mission importante de faire reconnaître le droit de la personnalité sous tous les rapports essentiels. L'histoire nous montre les divers degrés et états dans lesquels la personne a été asservie à d'autres personnes ou à des choses, ou a été traitée comme un moyen pour un but externe. Les degrés et états sont, après les *sacrifices* humains, l'*esclavage*, l'ancienne puissance du père ou du mari sur les enfants *(potestas)* et sur la femme *(manus)*, le *servage*, les *servitudes* de diverses espèces, comme la *servitude monocale*, quand l'État maintient par contrainte de vœux dont l'accomplissement doit toujours rester libre, la *servitude militaire*, étendue encore, par la conscription (que l'Angleterre, les États-Unis et la Suisse ne connaissent pas), bien au delà des besoins de défense d'un pays, la *peine de mort* et toutes les peines qui ne sont pas exécutées avant tout pour le bien moral de la personne du délinquant, enfin l'*emprisonnement* pour *dettes*, où la personne est traitée comme un objet saisissable, injustice que des législations éclairées commencent maintenant à faire cesser.

La personne, se manifestant dans le monde sensible, dans le temps et l'espace, dans les divers rapports sociaux, a le droit de réclamer partout une sphère de vie et d'action dans laquelle elle soit *chez soi* et reconnue dans son *pour soi*, avec le droit de disposer, selon son libre arbitre, de tout ce qui appartient à cette sphère personnelle, et de n'ouvrir cette sphère intime qu'à des personnes qu'elle y admet librement. Ce droit général de vie personnelle comprend le *droit du domicile*, ou l'inviolabilité du chez soi dans l'espace, le *secret des lettres* ou le commerce intime de personnes séparées dans

l'espace, le *droit de propriété* ou le droit d'avoir et d'acquérir des objets pour soi, le droit de choisir une *vocation* pour un but de cette vie, le *droit de tester* ou le droit d'une personne de disposer des objets en son pouvoir pour des buts au delà de sa vie, parce que l'homme, concevant par sa raison l'éternel, a aussi le droit d'assurer la poursuite d'un but licite au delà de sa vie présente par des moyens dont il a la libre disposition. Mais ces droits de la personnalité seront exposés dans leur connexité avec d'autres matières (droit de propriété, de succession), surtout avec le droit de la personne individuelle.

Les personnes sont ou *physiques* ou *juridiques* (morales). Ces dernières ont déjà été déterminées dans leur caractère et selon leurs diverses espèces (§ 25).

Nous allons maintenant considérer la personnalité dans sa vie et le droit qui s'y rapporte, en faisant remarquer ici en général que tous les droits personnels existent *pour* les qualités, facultés et buts de la personne, et que l'expression est aussi fausse que l'idée elle-même, quand on parle du droit d'une personne *sur* sa vie ou à sa vie, sur sa liberté, parce que le droit doit faire respecter ces qualités et non en disposer comme d'objets extérieurs.

§ 46.

DU DROIT CONCERNANT LA VIE, L'INTÉGRITÉ ET LA SANTÉ SPIRITUELLE ET PHYSIQUE.

La vie, unissant dans l'homme l'esprit et le corps, constituée par un principe indépendant de la volonté humaine, est la base de tous les droits, et il ne peut y avoir aucun droit pour l'anéantir; pour la vie physique, le suicide est possible, mais, dans le monde idéal, le droit ne peut pas se suicider lui-même, en anéantissant la base sur laquelle il repose. Le droit de la vie comprend l'ensemble des conditions (en actes

positifs et négatifs) dont dépendent la conservation et le respect de la vie dans son intégrité, sa santé, et dans toutes ses fonctions et organes. Nous avons particulièrement à examiner les divers modes selon lesquels ce droit peut être violé.

1° Le droit pour la *vie* elle-même exige, d'un côté, que personne ne porte atteinte à sa vie propre, et, d'un autre côté, que l'État respecte la vie et la protège, et contre les mauvais desseins et l'imprévoyance de la part des autres, et contre l'action destructive de forces et d'éléments physiques, en établissant un ensemble de mesures préventives par la police juridique et sanitaire, et de mesures de répression par des peines. L'État doit à cet égard exercer sa surveillance par rapport à la vente des poisons, aux inhumations, aux inondations, aux maladies contagieuses, aux dangers dont la vie peut être menacée sur les voies de communication, routes, chemins de fer, etc. Le droit de la vie commence avec le premier germe de vie déposé au sein de la mère. Le droit romain n'avait reconnu le droit de l'embryon que pour des intérêts de patrimoine dans le cas de succession *(qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur quoties de commodis ipsius partus quæritur*, l. 7 D. I, 5), mais il permettait l'avortement volontaire en dehors du mariage, et dans le mariage, quand le mari y consentait; les droits criminels modernes, au contraire, protègent aussi l'enfant contre tout avortement prémédité.

Les atteintes d'une personne à sa vie propre sont la violation d'un véritable droit. L'opinion vulgaire, qui n'admet de droits que pour les rapports extérieurs d'homme à homme, en établissant comme principe que l'homme ne peut pas être injuste envers lui-même, place ces atteintes seulement sous la loi morale; mais un examen plus profond de la question des rapports du droit et de la morale nous a fait reconnaître qu'un droit existe partout où il s'agit de conditions de l'existence humaine. L'homme qui attente à sa vie, à sa santé, etc., commet une injustice qui, quand elle se manifeste par des

actes extérieurs tendant évidemment à ce but, peut et doit être empêchée et réprimée par la loi.

Le *suicide* directement voulu est à la fois une immoralité et la violation du droit propre dans sa base. Aristote y vit un tort envers la société. Les stoïciens l'admettaient comme un droit absolu de liberté; le christianisme et la vraie doctrine éthique le condamnent absolument, qu'il soit commis par suite d'un malheur immérité ou par suite d'un malheur plus ou moins mérité. Dans le premier cas, l'homme doit supporter le malheur, ainsi que bien des maux qui lui arrivent dans la vie, comme des faits qui servent à son éducation morale, non-seulement en l'éprouvant, mais aussi en le fortifiant dans sa moralité. La vie humaine, dans le développement des individus et des peuples, présente bien des faces tragiques. Mais, de même qu'une tragédie élève la pensée morale du spectateur, en ce qu'elle présente à la fois la lutte héroïque d'un grand et fort caractère avec l'adversité, et le triomphe de l'idée morale dans la mort même du héros, de même la vie de chaque homme exige un héroïsme proportionné dans sa lutte avec les circonstances et événements malheureux de la vie; il doit chercher à remplir ses devoirs autant qu'il est en son pouvoir, ne fût-ce que pour se fortifier dans son pouvoir moral. Dans le second cas, quand on veut se soustraire par le suicide aux conséquences malheureuses de ses propres fautes ou crimes, le tort moral et juridique est encore plus grand, parce que chacun doit expier par le repentir et l'amendement le mal qu'il a fait, et que les maux qui lui arrivent, par exemple la pauvreté ou des maladies, même celles qui ne laissent plus d'espoir de guérison, doivent être supportés dans ce sentiment d'expiation. Dans tous les cas, le suicide est l'anéantissement d'un bien que Dieu a soustrait au pouvoir de volonté de l'homme.

Quand le suicide est accompli, aucune mesure ne se justifie plus envers un cadavre (par exemple par l'enterrement dans un endroit séparé); mais quand il y a eu tentative de suicide,

manifestée par des faits publics, les législations devraient prendre des mesures de surveillance ou les imposer aux familles contre le renouvellement de ces faits. D'un autre côté, il résulte des principes établis que toute aide apportée par un autre au suicide doit être punie (comme il est établi par les codes en Allemagne), et, à plus forte raison, personne ne doit tuer un autre à sa demande expresse, comme le défendent aussi toutes les lois positives.

2° Le droit par rapport au bien de l'intégrité et de la *santé* spirituelle et physique, comprend toutes les conditions que l'État et les particuliers doivent accomplir pour le maintien de ces biens. Par conséquent, sont injustes et punissables tous les actes qui sont de nature à ôter à l'esprit l'exercice rationnel de ses facultés, à le rendre stupide, aliéné. De même par rapport au corps, personne n'a le droit de se mutiler dans un de ses membres. Le droit romain (l. 13 pr. D. 9, 2), posait ici le juste principe: *Nemo membrorum suorum dominus esse videtur* [quoique dans un autre endroit (l. 9, § 78, 15, 1) il ait dit: *licet enim etiam servis naturaliter, in suum corpus sævire*], et punissait celui qui «*castrandum se præbuit*» comme celui qui se coupe le doigt pour se libérer du service militaire. De son côté, l'État doit s'interdire toute mesure, tout acte blessant à la fois la santé et en même temps la dignité de la personnalité. Il faut donc réprouver toutes les peines de fouets, les chaînes mises aux criminels, dont des lois récentes (en Autriche) commencent enfin à les libérer. Par la même raison, il faut réprouver certaines aggravations de la peine, par exemple la diminution de la nourriture, généralement très-faible, et par laquelle les peines dites de liberté deviennent des peines de vie et de santé. Autrefois, après les tortures subies, les médecins étaient appelés à remettre les membres disloqués, mais il est souvent plus difficile de remettre la santé délabrée par de pareilles peines.

L'État doit veiller en général à la santé par des mesures

hygiéniques préventives, positives et négatives, telles qu'elles sont à établir par la police; l'État doit défendre la location d'habitations insalubres, le travail dans de pareils lieux, etc. Ce devoir de l'État prime tous les droits qu'on voudrait déduire de la liberté de chacun de disposer de sa propriété et de son travail. Les biens humains généraux, la vie, la santé, etc., ne sont pas des objets dont on puisse disposer librement et par contrat. Ces biens sont à protéger contre l'ignorance, l'imprévoyance et les situations ou circonstances pénibles dans lesquelles une personne peut se trouver, et qui sont exploitées par la spéculation économique, cupide ou indifférente.

C'est d'après ces justes principes qu'on a commencé à fixer, par la législation, pour le travail dans les fabriques, un certain nombre d'heures. Ce règlement législatif, commencé en Angleterre, provoqué par les abus criants du travail des enfants et continué sur les instances de la classe ouvrière, a été ensuite adopté par d'autres pays, par la France et plusieurs pays allemands. La différence essentielle entre la législation anglaise et la législation française consiste en ce qu'en Angleterre la loi (fixant, depuis l'acte de fabrique du 5 juin 1847, dix heures de travail pour les jeunes personnes de 13 à 18 ans et pour toutes les ouvrières) s'arrête pour la classe masculine à 18 ans, en laissant aux plus âgés l'entière liberté de disposer par contrat de leur travail, tandis qu'en France, la loi promulguée à la suite de la révolution de 1848 (mais très mal exécutée, quoiqu'elle fixe seulement douze heures comme maximum) ne fait pas de distinction d'âge ni de sexe. On ne peut qu'approuver que la législation ne se limite pas à un âge (quoiqu'elle puisse bien faire, quant à la durée du travail, une différence entre les sexes ni les âges), parce que la liberté de travail de tout homme, jeune ou adulte, doit trouver sa règle et sa limite dans les biens généraux d'humanité. Aussi cette extension de la loi est-elle réclamée par la classe ouvrière elle-même, et il n'y a aucun doute qu'elle

ne soit établie dans un temps assez proche[1]. Le principal bienfait positif de pareilles lois consiste en ce qu'elles garantissent à cette classe ce que Fichte appelait «le droit du loisir» *(Recht der Musse)*, pour que l'homme puisse trouver, après le labeur matériel, un temps convenable à consacrer à son éducation intellectuelle et morale; et la classe ouvrière en Angleterre a dignement profité de ce loisir, en fondant, généralement de ses propres épargnes, les importantes institutions d'instruction pour les métiers *(mecanic institutions)*, dignes émules d'établissements créés ailleurs, comme c'est aussi son devoir, par l'État.

Le mouvement, quant à la fixation de la durée du travail, va encore s'étendant, et il est seulement à souhaiter qu'il ne dépasse pas lui-même les justes limites[2].

3° Il y a enfin pour tout homme un *droit de subsistance.* Chacun est d'abord obligé de remplir de son côté les conditions nécessaires pour acquérir, par son propre travail, les moyens nécessaires à sa vie physique; mais, quand un homme ne peut pas encore ou ne peut plus travailler, ou quand son travail est, par des circonstances indépendantes de sa volonté, insuffisant, la loi doit déterminer quelles sont les personnes, la famille, la commune, la province ou le pouvoir central qui doivent lui venir en aide, soit seuls, soit concurremment avec d'autres. Ce droit à l'assistance dans les

[1] Un aperçu assez étendu sur ce mouvement tendant à la fixation de la durée du travail, depuis la première loi de 1833 (fixant la durée du travail à 12 heures) jusqu'aux lois du 1847, de 1850 et de 1853, sur l'opposition des fabricants, sur les moyens employés par eux pour éluder la loi (par exemple le système de relai), est donné par M. Marx, dans son ouvrage *Das Kapital* (le capital), etc., 1867.

[2] En Angleterre, les voix sensées demandent l'abaissement à 9 heures; mais, au congrès international des ouvriers, à Genève, en 1866, on résolut, à la demande du conseil central de Londres, de proposer 8 heures comme limite légale de la journée de travail; aux États-Unis, le congrès général des ouvriers, à Baltimore, en août 1866, déclara également vouloir agiter la question d'une loi générale fixant, pour tous les États de l'Union, la journée à 8 heures. Auparavant, feu le président Lincoln avait exhorté les ouvriers à ne pas pousser aussi loin leur demande, que le président Jackson a approuvée.

cas d'insuffisance propre sera un jour, comme on peut l'espérer, plus amplement satisfait, quand le service militaire n'absorbera plus comme aujourd'hui tant de forces économiques de la nation. Le droit de subsistance implique également l'obligation de laisser aux individus faillis sans fraude les moyens indispensables pour vivre pendant quelque temps et pour se relever par le travail. Le droit à l'assistance sera considéré plus tard (§ 50) dans sa portée générale.

Quand un homme, dans un cas de vraie nécessité, où il y a danger immédiat pour la vie, attente à la *propriété* d'un autre pour se procurer à soi-même ou aux siens les moyens de vie dont il a immédiatement besoin, il commet un acte qui, tout en restant injuste, ne doit pas être puni (et les législations pénales en Allemagne ne le punissent pas), parce que la loi doit, dans ce cas, tenir compte du conflit entre le droit formel (la loi) et le droit matériel de vie insuffisamment garanti dans l'ordre social actuel, et qu'elle ne peut pas punir l'absence d'une force morale dont l'héroïsme moral est seul capable. Mais ce droit dit de nécessité ne doit pas être étendu (comme le font aussi quelques codes allemands) jusqu'à donner le droit de conserver sa vie propre aux dépens de la *vie* d'un autre, parce que, dans ce cas, les biens (la vie) sont égaux, tandis que, dans le premier cas, c'est un bien subordonné et réparable qui est violé pour un bien supérieur.

§ 47.

DU DROIT CONCERNANT LA DIGNITÉ ET L'HONNEUR, ET, EN APPENDICE, DU DUEL.

La *dignité* est l'essence idéale, la valeur absolue de la personnalité humaine, résultant du principe divin de la raison qui lui confère son caractère absolu. Tout ce qui est en accord avec cette nature rationnelle est digne de l'homme, et comme cette nature ne peut jamais se perdre, l'homme, dans

toutes les situations où il peut se trouver, conserve la dignité humaine, et le droit ne doit permettre aucun traitement par lequel elle soit violée.

L'*honneur* se distingue de la dignité en ce qu'au lieu de résulter comme celle-ci immédiatement de la nature de l'homme, il se présente plutôt comme la conséquence de sa conduite subjective, de ses actions, et demande à être reconnu dans une conscience.

L'honneur est donc la dignité manifestée par la conduite, reflétée et reconnue par une conscience. Sous ce dernier rapport, l'homme peut avoir l'honneur devant Dieu, devant les hommes et devant sa propre conscience. Il se peut que l'opinion publique se trompe sur la conduite d'un homme; l'essentiel est que chacun conserve l'honneur devant Dieu et sa propre conscience. Il y a ainsi un droit interne et un droit externe; l'un est la base de l'autre, et le droit, tout en se rapportant à l'honneur extérieur, doit tenir compte de la source d'où il découle. C'est ainsi que tout homme doit être présumé honorable et honnête aussi longtemps que des actes n'ont pas prouvé le contraire, d'après le principe si juste du droit romain: *quilibet præsumitur bonus ac justus donec probetur contrarium.*

L'honneur se diversifie selon les situations principales de la vie humaine.

Il y a d'abord un honneur général appartenant à tout être humain, capable de détermination propre, parce que, quelque dégradé qu'un homme paraisse, il ne reste pas seulement capable de se relever, mais il ne peut jamais perdre, par un certain nombre d'actes particuliers, absolument tout honneur.

Il y a ensuite un honneur pour tous les genres et degrés de personnalité; il y a un honneur de l'individu, de l'homme et de la femme, honneur que même une femme corrompue ne perd jamais complétement; il y a un honneur de la famille, de la commune, de la nation; il y a enfin un honneur pour toutes les fonctions politiques comme pour toutes les

fonctions exercées par des individus ou par des associations pour un but social. Enfin, l'honneur peut être blessé, même par rapport à un défunt. Au fond, les législations qui protègent cet honneur rendent par là hommage à la croyance commune que la personnalité spirituelle ne s'éteint pas par la mort, et que des rapports idéals peuvent subsister entre elle et des survivants qui ont été unis avec elle dans la vie. Déjà le droit romain avait établi: *semper enim heredis interest, defuncti existimationem purgare* (t. I, § 6, D., 47. 10), et les lois des nations civilisées donnent généralement à de proches parents le droit de poursuivre les atteintes portées à l'honneur du défunt.

Il se présente d'abord la question de savoir si un homme a le droit d'exiger, de la part d'un autre, des actes positifs par lesquels son honneur soit reconnu, ou s'il peut seulement exiger négativement qu'un autre s'abstienne de tout acte par lequel son honneur soit atteint. Pour résoudre cette question, il faut distinguer deux espèces de rapports dans lesquels les hommes peuvent se trouver. Il y a des rapports généraux d'homme à homme qui exigent seulement l'abstention d'actes susceptibles de blesser l'honneur d'un autre, mais il y a aussi des rapports naturels ou sociaux de subordination, comme des enfants envers les parents, des inférieurs envers les supérieurs dans l'exercice des fonctions publiques, rapports dans lesquels des actes positifs (par exemple, en France, les actes dits *respectueux*, en réalité peu respectueux dans la forme, des enfants qui veulent se marier contre le gré des parents) et certaines formes sanctionnées par l'usage (par exemple le salut), peuvent aussi être exigés comme signes de reconnaissance de ces rapports.

L'honneur peut être blessé par tous les moyens ou signes extérieurs dans lesquels l'intention *(animus injuriandi)* peut s'exprimer par le langage, par des écrits, par des signes (injures symboliques) et par des actes matériels; il peut être

violé directement ou indirectement (par exemple l'honneur du mari par l'insulte faite à la femme).

Pour la question importante de savoir dans quels cas il faut admettre la preuve de la vérité *(exceptio veritatis)*, il convient, jusqu'à un certain point, de distinguer, avec le code pénal francais, entre des injures qui ne renferment l'imputation d'aucun fait précis, mais d'un vice déterminé (par exemple, la qualification de coquin, de débauché), et des calomnies ou l'imputation de faits précis, qui, s'ils étaient vrais, exposeraient l'auteur à des poursuites criminelles ou au mépris moral. Les injures dans le sens indiqué n'admettent point de preuve, parce qu'il ne peut pas être permis de baser sur quelques faits particuliers une dénomination générale; quant aux calomnies, au contraire, il conviendrait de distinguer encore entre celles qui se rapportent à des faits qui, s'ils étaient vrais, devraient être poursuivis d'office, et celles concernant des faits rentrant dans la sphère d'appréciation personnelle, et qui ne pourraient être poursuivis qu'à la demande de la parti lésée (par exemple le fait d'adultère); pour ce dernier genre de calomnies, la preuve de la vérité devrait être exclue, parce que personne ne doit être contraint de livrer à la publicité ce qui est du domaine intérieur ou privé et qu'il veut peut-être pardonner; pour le premier genre de calomnies, l'exception de vérité devrait être admise.

La législation concernant l'honneur doit être inspirée par deux principes régulateurs, à savoir que les outrages à l'honneur faits dans le but même d'outrager soient bien réprimés, selon la gravité des cas, mais qu'il ne soit pas mis d'obstacle à faire connaître la *vérité* dans un intérêt politique, scientifique, littéraire, public, ou en faveur de ceux qui ont intérêt à l'apprendre, pour se préserver d'un dommage matériel ou moral. Sous ce dernier rapport, il importe que, pour les faits allégués, la preuve de vérité soit admise, et que les jugements généraux qui ont été portés sur des personnes physiques ou morales soient appréciés par un jury représentant l'opinion éclairée.

Le droit concernant l'honneur est encore très-imparfaitement formulé par les lois, qui sont ou trop sévères ou trop indulgentes. Le défaut principal réside pourtant en ce que les genres les plus divers de violations de l'honneur sont jugés par un seul et même tribunal civil, qui n'est pas à même d'apprécier convenablement toutes les faces délicates, toutes les justes susceptibilités morales, qui se présentent dans les questions d'honneur. Il faudrait à cet égard distinguer entre des calomnies communes et celles qui concernent des états, des situations, des fonctions déterminées. Les questions de ce dernier genre devraient être jugées, au moins en première instance, par des conseils spéciaux, qui, sans être des tribunaux spéciaux, seraient réunis comme des fonctions particulières aux conseils de discipline, tels qu'ils existent déjà dans beaucoup de pays pour la profession des avocats, et qu'ils devraient être institués pour tous les états et professions sociales, pour les médecins, pour la presse politique et littéraire, comme pour les militaires, etc. Ces conseils n'auraient pas seulement la mission de prononcer sur les plaintes portées devant eux, mais aussi de veiller à ce que tous les membres qui font partie d'un état ne commettent aucun acte défendu par la loi ou par les prescriptions particulières de l'honneur de l'ordre.

L'État de son côté ne doit ni ajouter aux peines des mesures qui déshonorent le délinquant, ni rien exiger de ses fonctionnaires ou des citoyens qui soit contre l'honneur et la conscience morale.

APPENDICE.

DU DUEL.

Le duel, qui ne découle pas du droit de légitime défense (v. § 53), est repoussé par toutes les considérations morales et juridiques.

Nous avons d'abord à noter un fait historique de profonde signification, c'est que, dans l'antiquité classique, le duel était inconnu. La raison de ce fait réside en ce que l'idée de l'État était profondement entrée dans la conscience des citoyens, qui se sentaient tellement liés entre eux et dominés par la puissance de l'État, que la pensée ne pouvait venir à personne de se placer en dehors de l'ordre légal et de se rendre justice à soi-même. Aussi le duel n'a-t-il pu apparaître et se maintenir que chez les peuples et dans les époques où l'ordre de l'État était encore faiblement constitué et insuffisant pour protéger les droits d'une personne. Sans nous arrêter au duel, établi anciennement comme un jugement de Dieu (défendu par Innocent, 1210), on peut chercher l'une des origines du duel dans la conception germanique de la *personnalité*, comme source première du droit et de l'État (t. I, p. 264); toutefois le duel n'est qu'une défiguration de cette conception, et se fait jour seulement au moyen-âge lorsque le pouvoir impérial et royal s'affaiblit de plus en plus, que le droit du plus fort brise presque tous les liens, et que la chevalerie vivant de rapines fait naître un *bellum omnium contra omnes*, de manière que la loi publique ne peut plus protéger suffisamment les personnes; mais, à mesure que le pouvoir se fortifie et que, surtout dans les villes, l'idée d'un ordre politique régulier se réalise plus complétement, les duels, contre lesquels la juridiction des villes réagissait fortement, allaient en diminuant. Le duel n'est aujourd'hui qu'un reste du moyen-âge, il est une preuve que l'idée morale du droit et de l'ordre légal de l'État n'est qu'imparfaitement réalisée, et que l'individu ne veut pas s'y soumettre dans des questions touchant à l'essence intime de la personnalité.

Mais le duel est reprouvé par la morale comme par le droit. Bien qu'on puisse y reconnaître encore le sentiment moral qui place l'honneur au-dessus de la vie, il en est une des plus grandes aberrations, parce que le moyen employé

pour le rétablissement de l'honneur est le plus impropre qu'on puisse imaginer. Il n'y a qu'un rapport incommensurable entre l'idéalité morale et la force brute provoquant une autre force à se mesurer avec elle; l'honneur, élément moral, ne peut être rétabli que par le jugement prononcé par la conscience morale d'un jury d'honneur convenablement composé. Le duel reste une atteinte immédiate à l'ordre légal et trouble nécessairement la conscience publique; il est en contradiction avec toute notion de droit, parce que toute réparation implique une soumission au principe supérieur du droit, surtout de la part de celui qui, par la lésion, l'a méconnu; mais, dans le duel, le lésé permet au lésant de se placer avec lui sur le pied d'égalité et de porter encore, par surcroit, atteinte aux biens de la vie et de la santé. Le duel apparaît, dans tout son caractère dangereux pour l'ordre public, quand il est transporté dans le domaine politique, et qu'on veut vaincre à la pointe de l'épée un adversaire qui, dans la presse ou dans la Chambre, a fait entendre un jugement par lequel on se trouve blessé. C'est à la moralité publique de se prononcer énergiquement contre ces tentatives de transformer des luttes politiques en des luttes brutales[1].

Le duel doit être traité d'après les principes que les lois établissent sur l'homicide.

CHAPITRE III.

§ 48.

DU DROIT CONCERNANT L'ÉGALITÉ ET LES INÉGALITÉS.

I. De l'égalité en général. L'égalité, manifestant l'unité supérieure de tous les hommes, malgré de nombreuses dif-

[1] Quand, en 1865, deux ministres en Prusse provoquaient en duel deux députés qui avaient sévèrement taxé les violations de la constitu-

férences, a une triple source, *physique*, *psychologique* et *métaphysique.*

1° Sous le rapport *physique*, l'égalité est le résultat de l'*unité* du genre humain. Il n'y a qu'une *seule* nature humaine, et par conséquent il y a dans tous les hommes la *même* nature. Les races ne sont pas des espèces différentes d'hommes, comme il y a des genres différents dans le règne animal.

Le règne animal est divisé en genres et en espèces qui sont autant de degrés formant une échelle d'organisation ascendante. Dans le règne animal, la nature commence l'organisation par les êtres les moins parfaits, et parcourt un grand nombre de termes avant de produire les animaux supérieurs, qui possèdent d'une manière plus complète toutes les fonctions vitales. Ici il n'y a pas égalité, mais différence d'organisation; il y a une progression du moins parfait au plus parfait, et tous les termes de la série sont constitués par des êtres dans lesquels se développe diversement, mais toujours d'une manière *prédominante*, tel ou tel système organique, aux dépens des autres parties. Tout le règne animal est ainsi créé sur le type d'une *variété* progressive, ou d'une évolution successive et toujours prédominante de l'un ou de l'autre système de l'organisme. Le genre humain, au contraire, est formé sur le type de l'*unité harmonique* de tous les systèmes et de toutes les fonctions organiques. L'organisation humaine, la plus parfaite de toutes, est la *synthèse*, le résumé de toute la création; elle possède en équilibre toutes les parties, tous les organes disséminés dans les diverses classes de l'animalité. A cause de ce type d'unité et d'harmonie, qui s'exprime si visiblement dans toute la forme humaine, l'homme doit être foncièrement distingué de l'animal; il n'en est pas la continuation ou la transformation; il

tion, l'opinion publique se prononça si énergiquement, par un grand nombre d'adresses à l'un des députés, contre tout duel, que le duel n'eut pas lieu, et que la seconde affaire fut arrangée.

est organisé d'après un principe supérieur, et il forme un règne à part, le règne hominal (v. t. I, p. 109).

L'unité[1] du genre humain est la raison physique de l'égalité. Il est vrai que l'organisation des races n'est pas entièrement la même, mais la différence n'est pas fondamentale. L'anatomie et la physiologie doivent y reconnaître la même espèce. De même que toutes les races possèdent, quant à l'organisation physique, toutes les fonctions et tous les systèmes, dans leurs rapports essentiels, de même elles sont aussi douées des facultés générales de l'esprit humain. Elles ont toutes la raison, le sentiment, la volonté, la conscience et la faculté de se perfectionner. Il est vrai encore que certaines races, par exemple la race blanche, possèdent ces facultés à un plus haut degré de culture. Toutefois les facultés sont les mêmes, et les races les moins favorisées peuvent en faire l'application qui convient à notre nature rationnelle. Toutes sont aptes à se développer dans la religion, dans les sciences, dans les arts, dans l'industrie, dans la vie politique, en un mot, à atteindre tous les buts rationnels de l'homme.

2° Sous le *rapport psychologique* se montre la même égalité fondamentale de tous les hommes, et il est à remarquer que le principe de l'harmonie, constitutif pour l'organisation physique, domine également toutes les facultés et toutes les manifestations de l'esprit. L'homme, l'unité supérieure de la création, peut aussi s'élever par son intelligence aux idées de l'unité, de l'ordre et de l'harmonie du monde, les aimer, les prendre pour modèles de ses actions, les réaliser dans sa vie. Ce caractère de l'homme se résume dans la *raison,* qui, comme nous l'avons vu (t. I, p. 116), est une force supérieure distincte élevant l'esprit à la conscience propre, à la personnalité à laquelle l'âme de l'animal ne peut jamais parvenir.

[1] En parlant ici de l'unité du genre humain, nous n'entendons pas par là l'unité de descendance d'un seul couple, mais un *type unique* d'organisation.

Tous les hommes sont donc à cet égard égaux. Mais il faut remarquer que ce n'est qu'une *égalité* dans les dispositions et les facultés *fondamentales*, et que sur cette base commune se dessinent ensuite des *inégalités* qui naissent, d'un côté, de la culture que les facultés reçoivent chez les divers individus, et, d'un autre côté, de l'application différente qu'on leur donne dans la vie sociale. Tous les hommes sont égaux en tant qu'*hommes*, mais ils sont inégaux en tant qu'*individus*.

Les inégalités sont donc inévitables; car, d'une part, le développement de chacun dépend de sa propre activité, qui peut être plus ou moins grande, et, d'autre part, les buts de la vie humaine sont tellement vastes qu'un seul homme ne peut en embrasser qu'un seul, d'après sa *vocation* particulière, s'il veut atteindre à quelque perfection. L'inégalité est ainsi un effet de la spontanéité ou de la liberté individuelle. La nature humaine est tellement riche que toutes les générations et tous les peuples ne suffisent pas pour épuiser son développement. Ces inégalités sont d'ailleurs utiles; car l'égalité de culture et d'application ferait mourir le genre humain d'ennui ou d'idiotisme. D'autres inégalités sont constituées, principalement sous le rapport physique, par l'âge, le sexe, les races. Mais tous les buts que l'on peut poursuivre sont *également importants* et nécessaires, puisqu'ils sont tous des buts humains; de là l'*égalité sociale* des hommes, c'est-à-dire la dignité égale des différentes occupations ou professions des hommes vivant en société.

3° Au point de vue *métaphysique*, l'égalité se fonde sur ce grand principe que *l'homme et l'humanité*, c'est-à-dire que toute la nature humaine existe dans chaque homme; que l'essence humain, éternelle, infinie dans son principe, est en puissance dans tout être raisonnable, et se développe, sans jamais s'épuiser, dans l'infinité du temps, sous des formes infiniment diverses.

Il résulte de là que l'humanité est l'*idéal* que chaque homme

porte éternellement en lui. Cet idéal, image vivante de l'humanité, est souvent méconnu par l'intelligence, rabaissé par les passions, mais il peut toujours être relevé : il apparaît, ne fût-ce que comme une ombre fugitive, à l'horizon de la conscience de chacun, affecte le cœur dans la sympathie, perce dans les actes généreux, et reste le lien par lequel l'humanité attire ou ramène vers elle les membres qui, par ignorance ou aveuglement, tendraient à s'égarer, en suivant la route isolée de l'égoïsme. Car il y a dans l'humanité pour tous ses membres un maximum d'éloignement qui ne permet pas que l'un ou l'autre se perde complétement. C'est l'idéal de l'humanité qui vit dans chaque individu, qui brille dans tout ce qui est grand, et dont la trace subsiste encore dans les formes humaines qui sont défigurées par l'erreur, le mal ou le malheur. L'idéal enfin est la solution de l'énigme de la vie humaine ; il explique le présent de chacun par la comparaison de ce qu'il est et de ce qu'il doit être ; il ouvre la perspective d'un perfectionnement infini et nous console pour l'avenir ; il comble les distances, efface les fautes, abaisse l'orgueil, compense les biens et les maux dans la vie infinie et rend tous les hommes égaux devant l'humanité.

Mais cet idéal ne peut être compris dans sa source et dans sa puissance sans l'idée de Dieu, comme être infini et absolu, dont tous les êtres tirent leur essence et leur existence. L'humanité vit en Dieu, et dans tout être raisonnable il y a un principe divin qui établit l'unité, la communauté et la solidarité entre tous les hommes. Or, c'est cette idée de la communion de tous dans l'humanité, et avant tout en Dieu, qui répand le sentiment de l'égalité dans la société ; mieux cette idée sera comprise, plus le sentiment de l'égalité deviendra profond. C'est pourquoi la notion de l'égalité s'est toujours développée sur la terre avec la notion de Dieu ; c'est pourquoi la religion chrétienne, comme union intime de l'homme avec Dieu, a le plus contribué à la propager dans toutes les conditions sociales.

Expression de l'unité supérieure de la nature humaine, l'égalité saisit la vie sous toutes ses faces, dans les pensées, dans les sentiments et dans les actions. Il suit de là qu'elle ne peut être manifestée complétement par aucun acte déterminé. C'est un principe qui doit dominer toutes les opinions et toutes les affections de l'homme dans la vie sociale, répandre autour de lui cette atmosphère de sympathie, de bienveillance et de commisération dans laquelle tous ses semblables trouvent les conditions d'aide et d'assistance nécessaires aux êtres finis. Chacun doit reconnaître et sentir dans les autres cette unité supérieure, cet élément divin, qui ne peut jamais se traduire, sous les conditions du temps et de l'espace, dans une égalité matérielle, mais qui met tous les hommes sur le même rang et les unit par le lien de la solidarité et de la charité ou de l'amour.

Le principe d'*individualité*, source de la diversité nécessaire des hommes dans le temps, doit être combiné avec le principe de l'*unité*, raison éternelle de leur égalité, et doit le modifier dans l'application sociale, selon les époques, les lieux et les degrés de culture. Mais partout où l'égalité peut être consacrée sans absorber ou détruire l'élément individuel et personnel, elle a un droit de priorité que la raison établit conformément à l'idéal de l'homme.

D'après ces principes, il faut distinguer, dans la question de l'égalité, trois points principaux: 1° *l'égalité fondamentale des dispositions et des facultés;* 2° *l'inégalité de développement et d'application;* et 3° *l'égalité de dignité de toutes les branches de l'activité sociale.*

II. Le *droit* qui se rapporte à l'égalité concerne ces trois points principaux.

Il y a donc d'abord un droit pour l'*égalité fondamentale* des hommes. Tous les hommes peuvent prétendre aux conditions indispensables pour le développement de leurs facultés essentielles. Tous ont droit à l'éducation et à l'instruction pour l'esprit, et aux moyens physiques nécessaires à la vie matérielle·

Mais comme l'application des facultés humaines se diversifie d'après les buts proposés, le droit *varie* aussi selon les différents buts auxquels il se rapporte. L'homme qui cultive les sciences demande d'autres conditions que celui qui exerce une industrie. A cet égard, on a dit[1] avec raison que «la vraie égalité consiste à traiter inégalement des êtres inégaux.» Mais ces inégalités ne détruisent pas l'égalité primitive.

Il existe enfin un *droit pour la dignité égale de toutes les branches de l'activité* de l'homme. Il est donc contraire à la justice que des prérogatives, des priviléges factices, soient attachés à l'une ou à l'autre des professions sociales; pas de distinctions arbitraires et extérieures qui élèveraient l'une au-dessus de l'autre. On objecte contre une telle égalité la nécessité d'une hiérarchie dans les conditions et les fonctions sociales. En effet, l'unité de direction sociale exige qu'il y ait, sous un certain rapport, soumission d'une fonction à l'autre. Mais il faut remarquer qu'il existe, au fond, entre toutes les fonctions, une dépendance réciproque. Il en est de la vie sociale comme de la vie physique. Dans l'organisme du corps humain, toutes les parties sont entre elles dans un rapport de conditionnalité, et toutes sont également importantes; de même, dans une bonne organisation sociale, toutes les fonctions doivent s'enchaîner, sans que l'une dépende absolument de l'autre; chacune a son importance, sa dignité et sa liberté relatives.

Mais il y a surtout à distinguer entre l'égalité *réelle* ou *matérielle* et l'égaltité *formelle* ou l'égalité de *droit*. La première égalité, soit qu'on entende par là une égale répartition des biens matériels, comme le communisme le demande (voir la théorie de la propriété), ou une égalité de culture, ne peut jamais exister complétement dans la réalité, parce que tout homme diffère de tous les autres par l'*individualité* de son *moi*, par son caractère, son tempérament, son mode par-

[1] M. Cousin, dans l'argument qui précède la traduction des *Lois de Platon*.

ticulier de vivre et d'agir. Le communisme même ne pourrait pas établir une égalité matérielle, parce que, d'un côté, les besoins de vie matérielle sont différents, et que, d'un autre, l'assimilation, la jouissance de tous les biens matériels ou spirituels que la communauté peut offrir, sera toujours appropriée au goût plus ou moins cultivé des individus, à leurs facultés qui ne peuvent jamais être égalisées dans leur action.

Au contraire, l'égalité de *droit* doit être réellement établie. Napoléon Ier *(Las Cases, Mémoires de Ste-Hélène*, V, 36) l'avait définie comme une «égalité de tous pour prétendre et obtenir»; cependant, le droit assure à tous seulement les mêmes conditions qui leur rendent *possible* d'atteindre aux mêmes biens et au même degré de culture, en abandonnant à leur action propre la transformation de cette possibilité en réalité; l'égalité de droit est donc une égalité dans les conditions de prétendre et d'obtenir. Cette égalité doit être formulée par la loi, et devient par là l'égalité *dans* la loi et *devant* la loi. Toutefois cette égalité elle-même n'exclut pas l'existence de lois différentes pour des situations, des états, des rapports qui, sans être le produit factice de fixations arbitraires, sont de leur nature différents. On ne peut pas donner à un enfant le même droit de disposition sur son patrimoine qu'à un homme adulte. Il faut donc que l'égalité de droit elle-même soit diversifiée avec les rapports de vie correspondants. La division que nous avons établie pour le droit nous permet de bien marquer les diverses sphères d'égalité de droit. Il y a une égalité de droit générale, fondamentale, de tous les hommes par rapport aux biens généraux de la personnalité humaine, il y a la même égalité commune quant au droit réel et au droit des obligations. Dans tous ces rapports, réglés par ce qu'on peut appeler, avec le Code autrichien, le droit civil général, l'égalité est à tel point le principe fondamental, qu'elle doit être respectée dans toutes les sphères spéciales de personnes et de culture, dont le droit

particulier doit se développer sur la base du droit civil commun et égal. Mais, dans ces sphères particulières elles-mêmes, l'égalité doit être reconnue en ce qu'il soit établi un droit égal pour tous les membres qui se trouvent dans les mêmes rapports, les mêmes situations, qu'il y ait ainsi un droit égal de famille, de mariage, un droit égal des enfants dans la succession légale, que, pour les ordres ou états professionnels, ils soient d'abord également accessibles à tous, et qu'il y ait au sein de chacun d'eux un droit égal pour tous les membres. De cette manière, le principe d'égalité est reconnu à la fois dans sa généralité et dans les rapports spéciaux. Au point de vue historique, il est à noter que le droit romain s'est particulièrement développé comme un droit égal pour tous les citoyens romains, et qu'au contraire le droit germanique, pénétré de l'esprit de liberté et d'individualité personnelle, en perdant de vue l'égalité, s'est formé comme un droit d'ordres, d'états et de rapports particuliers (comme droit pour les rapports féodaux, droit d'agriculture, de métiers, droit de noblesse, etc.). Le progrès des idées d'égalité de droit de tous les hommes, secondé si fortement par la philosophie du droit et par la réception du droit romain, a abouti, grâce à la révolution française, à l'abolition de tous les états qui blessaient à la fois l'égalité, la dignité et la vraie liberté de l'homme. Toutefois le progrès actuel demande que, sur la base du droit commun, s'organise de nouveau, non pour des corporations closes, mais pour des ordres libres, un droit spécial de l'agriculture, de l'industrie, du commerce, comme pour toutes les professions libres particulières.

L'égalité de droit, formulée par la loi, doit enfin être reconnue de la même manière dans l'égalité de juridiction. Il doit y avoir juridiction commune pour tous les rapports généraux, civils et criminels. Quand il y a atteinte à un bien humain, à la vie, à la santé, etc., tous ceux qui y ont attenté, qu'ils soient des personnes civiles ou militaires, doivent être traduits devant les mêmes tribunaux, et un grand

progrès reste à faire à cet égard sur le continent européen, par l'abolition des tribunaux militaires, en tant qu'ils connaissent de pareils délits. Ces tribunaux sont seulement justifiés pour des causes de discipline et pour tous les délits de nature militaire, comme par exemple la désertion; il en est de même des tribunaux spéciaux pour le commerce, pour l'industrie, pour l'agriculture, etc.; mais au-dessus de tous les tribunaux particuliers sont établis les tribunaux de droit commun, soit civil, soit criminel.

Enfin les tribunaux eux-mêmes doivent être également accessibles à tous ceux qui ont à en réclamer la protection. En Angleterre, la juridiction est en elle-même entourée des meilleures garanties, mais elle est si coûteuse qu'elle ne peut guère être abordée que par des gens aisés.

III. Quand nous examinons en dernier lieu la question de l'égalité et de l'inégalité du point de vue historique, nous avons d'abord à constater par rapport à l'égalité que celle-ci s'est développée à mesure que les hommes et les peuples se sont élevés à reconnaître des liens supérieurs communs, à se sentir unis dans une communauté saisissant dans un rapport égal et immédiat tous ses membres. L'antiquité s'éleva en Grèce, et surtout à Rome, à l'égalité du droit dans la sphère de la cité, qui en était la source; le christianisme l'a ramenée à la source la plus élevée, et la philosophie l'a déduite de la nature idéale de l'homme. Aussi les principes d'égalité trouvent-ils toujours leur plus fort appui dans les convictions religieuses et spiritualistes des hommes et des peuples.

Quant à l'*inégalité*, bien des théories ont été établies sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes. On peut les ranger en deux catégories, selon qu'elles en cherchent la cause première, ou dans la *nature propre* de l'homme, dans son *organisation* physique et spirituelle, ou dans des *circonstances* et *rapports* extérieurs dans lesquels les hommes se trouvent placés. A la première catégorie appartiennent la doctrine *brahmane*

(t. I, p. 297), qui justifie le régime des quatre castes par la diversité d'origine des hommes supposés descendants de parties diverses de l'Être suprême; le systéme d'*Aristote* (Pol. liv. I, chap. II), qui, en divisant, par une fausse analogie, le genre humain, à l'instar de l'homme individuel, en esprit et corps, déclare l'esclavage naturel et aussi utile que juste, prétendant que de même que le corps en ses instincts doit toujours être soumis à la raison, il y a aussi des hommes qui de leur nature restent toujours inférieurs à d'autres, et chez qui l'emploi des forces naturelles est le meilleur parti qu'on puisse espérer de leur existence. Cette justification de l'esclavage faite par Aristote prouve seulement la difficulté qu'il y a, même pour des intelligences supérieures, à s'élever au-dessus des institutions vicieuses universellement répandues à une époque. Une doctrine moderne cherche l'origine de l'inégalité dans la *différence des races;* cette doctrine est cependant présentée par ses divers partisans sous des points de vue différents; les uns (comme M. Michel Chevalier, dans ses *Lettres sur l'Amérique du Nord),* croient que les races, opérant le progrès de l'humanité par l'action et la réaction réciproques, par la lutte, la domination, sont destinées à s'*harmoniser* par le croisement, pour constituer par là même une organisation sociale plus vigoureuse; les autres (comme M. Courtet de l'Isle: *La science politique fondée sur la science de l'homme*, 1840) prétendent que cette différence originaire se traduit par une inégalité naturelle d'intelligence, par une diversité de culture, de classes, de rangs, qu'il importe de ne pas effacer par un croisement, mais de conserver pour le maintien plus facile de l'ordre hiérarchique de la société. Nous n'avons pas besoin d'entrer ici dans les débats anthropologiques soulevés surtout par rapport à l'abolition de l'esclavage des nègres aux États-Unis; nous rappelons seulement le principe précédemment établi, que l'égalité de droit est indépendante des inégalités de culture et se fonde sur la qualité générale d'homme comme

être doué de raison et de liberté. La question concernant les résultats bons ou mauvais d'un croisement des races n'est pas encore décidée. Quant aux populations faisant partie de la même grande race, telles que les populations germaniques, romanes, slaves, etc., appartenant toutes à la race arienne ou indo-européenne, bien des croisements ont eu lieu, et la nation anglaise est une preuve éclatante de la grande vigueur qui est résultée dans toute l'organisation de l'union de nations germaniques et romanes. Mais quant au croisement des grandes races principales, caucasienne, mongole et nègre, l'histoire ne permet pas encore d'apprécier les résultats qui pourraient en être la conséquence. Une expérience sur une grande échelle se fera probablement aux États-Unis. Mais, quoique les trois grandes races paraissent présenter certains degrés dans le développement du type fondamental commun, et qu'elles manifestent d'une manière *prédominante*, sous le rapport de l'intelligence, la race nègre la faculté de sensibilité, la race mongole celle de la réflexion prudente, du bon sens comme de la ruse, la race caucasienne celle de la raison dans la plénitude et l'harmonie de ses diverses applications, il n'y a aucune de ces races qui ne possède la raison au degré nécessaire pour constituer et pour gouverner un État d'après les principes généraux d'humanité; et quand des populations de races différentes vivent ensemble dans le même État, elles peuvent jouir des mêmes droits civils et politiques. Le droit n'a pas pour mission d'égaliser matériellement; il constitue pour tous es membres les conditions égales de protection, d'instruction, etc., qui permettent à chacun d'atteindre au degré de culture humaine dont il est capable par toute son organisation physique et spirituelle.

A la seconde catégorie appartiennent la théorie de Rousseau (*Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, 1753), qui voit la cause de l'inégalité dans la civilisation factice née du développement des sciences et des arts, et demande, pour

rétablir l'égalité, le retour à l'état naturel primitif, et la théorie de Montesquieu (adoptée dans quelques points principaux par Ch. Comte, dans son *Traité de législation*, 1828), qui attribue au *climat* une influence démesurée sur les institutions sociales différentes des peuples, sur les religions, les gouvernements, etc. Ces théories, quoiqu'elles aient été suffisamment réfutées par les sciences historiques et naturelles, ont reparu plusieurs fois sous de nouvelles formes; elles se présenteront toujours comme la conséquence de doctrines matérialistes, sensualistes ou panthéistes, qui n'admettent pas de principes ou de types originels pour la diversité des êtres, qu'ils veulent alors expliquer par le milieu ambiant dans lequel ils vivent, se heurtent ou entrent en lutte (Darwin, t. I.). Pour la science et l'organisation de la société, le danger de ces théories réside en ce qu'elles conduisent à la fausse opinion faisant généralement le fond des doctrines communistes (par exemple celle d'Owen, v. t. I, p. 86), qu'il suffit de changer le milieu social, les circonstances extérieures, pour établir, même dans un haut degré, l'égalité matérielle des hommes. Toutefois l'homme acquiert, par le progrès de la culture, un pouvoir de plus en plus étendu de transformer le milieu naturel et de se rendre maître de circonstances malheureuses pour une classe d'hommes et résultant d'une organisation sociale vicieuse. C'est ainsi que, pour tous les États, se présente, comme un des problèmes les plus importants, la mission de combattre, par tous les moyens indiqués par la justice, le prolétariat encore croissant, et d'assurer à tous ses membres les conditions physiques et morales d'une existence humaine.

L'histoire atteste que l'égalité de droit a fait d'incessants progrès. Les formes d'inégalité les plus dures et les plus tenaces ont fait place à des formes plus douces et plus accessibles aux modifications prescrites par le droit. Le progrès vers une égalité mieux entendue est visible dans toutes les conditions sociales. Le principe posé par le christianisme, compris d'abord, sous le rapport religieux, comme égalité de

tous les hommes devant Dieu, a reçu, par les efforts de la philosophie, une application de plus en plus large à tous les états de la société. Dans la famille, comme dans l'État, l'égalité a trouvé une consécration plus conforme aux sentiments humains et à la justice sociale. L'égalité formelle reconnue par l'État est la voie pour arriver, par la liberté, à une organisation mieux entendue des moyens d'existence et de développement de tous les membres de la grande famille humaine. Mais, pour que le principe d'égalité puisse trouver une juste application, il importe de le préserver de l'exagération dans laquelle est tombé le communisme, matérialiste ou panthéiste, en poussant ce principe à des conséquences destructives de l'individualité et de la liberté.

§ 49.

DU DROIT DE LA LIBERTÉ.

I. De la liberté et de ses diverses espèces[1].

La liberté, la manifestation pratique de la personnalité dans le monde sensible, le témoignage le plus éclatant de la dignité humaine et le levier le plus puissant de tout progrès, a pris naissance dans le monde social et s'est développé successivement à mesure que l'homme a acquis, par le travail, la conscience de soi-même, des forces et des facultés qu'il peut employer dans la poursuite de tous les biens du monde idéal et réel. Aussi voyons-nous que partout où l'homme commence à se concevoir lui-même dans sa causalité propre comme une force créatrice dans l'ordre social, la liberté s'est développée et élargie avec l'idée de la personnalité et avec sa reconnaissance plus ou moins complète

[1] Voir aussi sur cette matière: Fr. Lieber, *On civil liberty*, 1853; J.-St. Mill, *On liberty*, 1858; Jules Simon, *La liberté*, 1859; Dupont-White, *L'individu et l'État*, 1856; E. Laboulaye, *Le parti libéral*, 5e édit., 1864.

dans l'ordre social. Dans l'antiquité, la liberté ne fut qu'une liberté civile et politique, parce que la personne fut conçue comme étant constituée par l'État. Depuis le christianisme, la liberté a pris un caractère général humain, parce que la personnalité fut comprise dans sa source suprême comme étant constituée par un principe divin qui ouvre à l'intelligence l'ordre infini objectif des vérités et des biens dont l'homme doit se faire, comme sujet, le libre agent.

Depuis le christianisme, on peut distinguer, dans le mouvement social, trois époques, d'après la position que la personnalité humaine a prise vis-à-vis de cet ordre objectif des vérités divines, présenté d'abord par la religion sous la forme de la foi, mais destiné à être scruté et éclairé par la science. Il y a eu une époque, celle du moyen-âge (v. t. I, 13), où le règne presque exclusif des principes d'ordre, d'autorité, de contrainte, oppressifs pour les droits de la personnalité et de la liberté, avait fini par obstruer toutes les sources de la vie, toutes les issues du mouvement intellectuel et social. Une seconde époque, celle de la renaissance de la philosophie, des sciences et des arts, et surtout de la réforme, fut le réveil de la conscience de la personnalité, de la liberté. Les hommes et les peuples sont depuis arrivés successivement à une conscience plus claire de leur moi individuel et national, de leur liberté et des droits qui en doivent garantir l'exercice; des lumières toujours plus intenses et plus étendues ont jailli de ce foyer intime, tourné vers les sources immédiates de toute vérité dans l'ordre physique, moral et social; à la clarté des idées, on mesura leur vérité *(Descartes)* et toute la vie sociale fut retrempée dans la source de la liberté. Cependant, ce mouvement, saisissant l'homme dans ses facultés subjectives les plus intimes, a pris également une direction exclusive qui n'implique pas moins de dangers que l'application extrême du principe d'ordre du moyen-âge. De même que celui-ci, en faisant abstraction de la liberté, imposait et les vérités que les hommes devaient

croire, et les divers cadres sociaux dans lesquels ils avaient à renfermer leur activité, de même l'époque moderne n'a pas seulement brisé ces anciens cadres, mais la liberté y a pris un développement également exclusif et abstrait, en tendant de plus en plus à se dégager de tout principe d'ordre, à se constituer comme but à elle-même, à faire abstraction des principes éternels de vérité et des buts de culture dont elle doit se faire l'instrument. Il en est résulté que la liberté s'est transformée de plus en plus en volonté purement arbitraire, qu'elle est devenue creuse, vide de tout noyau substantiel, s'agitant pour s'agiter, pour ébranler sans se diriger vers les buts rationnels qui en forment la règle et la limite. Cette déviation de la liberté a sa cause principale en ce que l'intelligence des buts plus élevés de la vie a été obscurcie par les tendances matérialistes de notre époque, et que la liberté, au lieu d'être comprise comme une force positive se manifestant dans la poursuite de tous les buts dignes de l'homme, apparaît comme une force de négation, comme un affranchissement de toutes les règles et de tous les buts supérieurs de la vie. Nous vivons aujourd'hui dans un des moments les plus critiques de l'évolution de la liberté; mais tous les efforts de la science et toute l'organisation pratique doivent tendre à amener une troisième époque, dans laquelle la liberté subjective soit comprise et réglée dans les vrais et justes rapports avec l'ordre objectif divin de toute vérité et de tout bien. C'est par la liberté que l'homme doit s'assimiler tout ce qui est divin, parce que Dieu veut régner librement sur les âmes par les principes qu'il est donné à la raison, la faculté divine en nous, de comprendre; et on tombe dans les erreurs du matérialisme, quand on veut imposer et maintenir par contrainte des doctrines ou des croyances dont toute la valeur morale consiste dans la liberté. Toutefois, quoique la liberté soit l'instrument essentiel dans la réalisation de tout ordre de culture, l'homme doit bien se garder de croire que sa volonté libre soit la source et la force

créatrice de l'ordre objectif des biens; loin d'en être le créateur, l'homme a seulement la mission d'en scruter les principes par la science et d'y conformer toujours mieux toute l'œuvre législative, en comprenant la nécessité morale de subordonner sa volonté aux principes divins de la vie. De même que les grands artistes de l'antiquité se prosternaient, dit-on, devant le bel œuvre d'art qu'ils avaient exécuté sous l'inspiration des dieux, de même les hommes et les peuples doivent vouer leur obéissance libre et leur vénération aux lois dans lesquelles la conscience publique a formulé le degré d'intelligence qu'elle a acquis de l'ordre divin des biens et du meilleur mode de sa réalisation.

Si nous examinons la liberté en elle-même dans son fondement, nous en reconnaîtrons l'origine dans l'union intime de la volonté avec la raison (t. I, p. 117). Les animaux supérieurs possèdent évidemment, avec l'intelligence des faits sensibles, la volonté comme faculté de causalité et de détermination dans le monde sensible, mais la liberté leur est refusée; elle consiste dans la faculté de l'homme, non-seulement de choisir, dans la vue de l'horizon infini des biens, celui qui est le mieux approprié à une situation donnée, mais aussi d'opposer la raison comme une puissance supérieure distincte à toutes les impulsions des sens, des passions, des intérêts égoïstes, pour les soumettre aux principes de la vérité, du bien et de la justice.

Kant avait parfaitement défini la liberté le point d'union réelle du monde idéal et du monde sensible. En effet, la force divine de la raison constitue cet homme idéal se manifestant dans l'homme des sens, et perçant plus ou moins l'enveloppe épaisse par laquelle les sens, les instincts inférieurs, les motifs et les passions sensibles obscurcissent cette lumière divine qui éclaire tout homme venant au monde, et devient toujours plus intense à mesure que l'esprit dirige ses vues immédiatement vers la source suprême d'où elle découle. La véritable liberté se manifeste toujours par des

actes dont la source ou les motifs résident dans le monde idéal des principes de ce qui est vrai, bon, juste en soi. Cette liberté, constituant l'empire des principes et motifs moraux dans le monde fini et sensible, confère aussi à l'homme l'empire de soi-même, concevable seulement par l'existence de cette force unitaire supérieure qui peut régir et ordonner toute sa vie. La liberté est l'élan de l'esprit vers un monde idéal, pour y saisir les principes supérieurs de l'action et pour les faire pénétrer dans tous les domaines de la réalité; et plus dans une société humaine les biens supérieurs sont cultivés, plus la liberté gagne cet esprit noble de dignité et d'assurance tranquille qui atteste son union intime avec l'ordre universel des choses, parce que la liberté s'élève alors au dessus des domaines du travail d'acquisition et d'échange des biens matériels, vers des buts dont les biens matériels ne sont que des moyens.

La liberté ou la détermination propre de l'homme d'après les principes de la raison, tout en étant un pouvoir indestructible, se manifeste aux degrés différents de la *sensibilité*, de la *réflexion* et de la *raison* elle-même, que nous avons reconnus comme des gradations dans le mode d'action de toutes les facultés (t. I, p. 114). Mais ces degrés ne constituent que des modes *prédominants* dans l'action de l'homme, dont la raison, aussi longtemps qu'il n'y a pas d'aliénation mentale, ne peut jamais être oblitérée complétement. Il se peut donc que des tendances sensibles prédominent dans les classes inférieures, mais la raison et la conscience morale, qui sommeillent dans tout homme, percent de temps en temps dans des actions généreuses, attestant que la lumière des idées divines ne s'éteint jamais entièrement. Le législateur doit donc tenir compte de cet élément rationnel et moral en germe, en soigner l'éclosion par l'instruction, et, au lieu d'employer seulement des moyens d'intimidation et de contrainte, montrer de la confiance dans les dispositions morales de toutes les classes.

La *liberté réfléchie* ou arbitraire signale cet état de culture, où les hommes se laissent guider par la réflexion, faculté d'analyse, de comparaison et d'abstraction, qui pèse les avantages et les inconvénients d'une action dans un intérêt plus ou moins *personnel*. La liberté qui en découle est une liberté de *choix* ou de *calcul*, la liberté de l'intérêt propre, ou de cet intérêt bien entendu que chacun comprend à sa manière. L'individu est son propre point de mire. Au lieu de se concevoir comme un organe particulier dans la société, chacun est tenté de s'envisager comme le centre et le but vers lequel doit se porter toute l'activité sociale. L'individu dominé par ce point de vue méconnaît les liens qui l'unissent à l'ordre social; loin de considérer ces liens comme les conditions essentielles de l'existence de la société, il les regarde comme des entraves imposées à sa liberté; tout pouvoir à ses yeux est un mal, inévitable peut-être, mais qu'il faut réduire autant que possible. Quand l'homme fait ainsi tout converger vers lui, il s'isole du véritable centre, il se sépare des lois d'ordre et d'humanité auxquelles il doit subordonner son action, et sa liberté prend elle-même un caractère *abstrait*. Ce n'est pas la liberté qui s'engrène avec les lois de tout l'ordre social, c'est une liberté dont l'individualité, se concentrant en elle-même, est le principe et la fin. Mille moyens sont inventés pour augmenter le bien-être individuel; toutes les sciences, tous les arts sont, à cette fin, mis à contribution, et la liberté est réclamée pour tirer de ces moyens tous les fruits possibles. La société présente alors le spectacle d'une étonnante activité; le désir d'acquisition et de jouissance donne l'impulsion à tous les ressorts de l'intelligence, à l'esprit d'analyse, de combinaison et de calcul; partout les personnes et leurs intérêts sont en présence; l'*émulation* avec ses rivalités, la *concurrence* avec ses luttes et ses crises, en sont la conséquence nécessaire. Cet état de liberté individualiste et abstraite caractérise la société actuelle. On commence cependant à en comprendre les incon-

vénients et à sentir le besoin d'une organisation où la liberté personnelle s'harmonise mieux avec les droits de tous. Avec cette organisation, qui est dans les vœux, mais qui n'a pas encore trouvé sa formule scientifique, commencera la troisième période dans le développement de la liberté.

La liberté *rationnelle* ou harmonique s'établira, quand on comprendra, d'un côté, que la société n'est pas une agrégation d'individualités, soumise aux lois des volontés arbitraires, mais qu'elle est un tout organique, dans lequel le mouvement des membres particuliers est d'autant plus aisé que les organes centraux ou les divers pouvoirs sont plus fortement constitués, et lorsque, d'un autre côté, on aura acquis une conscience plus claire de l'ensemble des buts qui sont assignés à tous par la raison et qu'ils doivent remplir, au moyen de la liberté, dans la vie sociale. Alors la liberté apparaîtra comme l'instrument d'un but rationnel se subordonnant au principe du bien, qui est la loi, s'harmonisant avec toute la destinée humaine, et se fortifiant par la nourriture spirituelle qu'elle tire de tous les éléments de vie, de la religion, de la morale, des sciences et des arts. La liberté dans l'ordre fondé sur ces principes, voilà la vraie liberté, la liberté *organique*, par laquelle chaque membre s'engrène avec tous les autres et se développe avec eux sous une loi commune. Cette liberté ne se présente plus sous le caractère arbitraire ou passionnel des premiers degrés: elle s'exerce avec cette mesure qui indique l'harmonie intérieure de l'homme et l'équilibre extérieur des fonctions sociales. La liberté harmonique doit délivrer la société des excès qu'entraîne la liberté abstraite, et subordonner l'émulation et la concurrence, sans les exclure, aux principes généraux régissant l'organisation de l'activité humaine.

Sous un autre rapport, on peut distinguer entre la liberté *formelle* et la liberté positive, *substantielle*, se déployant dans la culture de tous les biens de la vie. C'est le formalisme qui règne encore aujourd'hui dans la manière de concevoir

et de pratiquer la liberté. On demande la liberté pour la liberté, comme étant but à elle-même; en y voyant la santé de l'organisme spirituel, capable de se mouvoir sans gêne dans toutes ses fonctions, on pense que l'esprit en fera naturellement un juste usage; mais la liberté n'est toujours qu'un pouvoir et une possibilité d'arriver à tous les biens de la culture; la liberté n'est pas en elle-même cette culture, elle est la voie qui y conduit par les buts qu'elle se propose d'atteindre. De même que l'esprit va croissant avec les buts dont il féconde son activité, de même la croissance de la liberté s'accomplit par la riche et noble nourriture qu'elle tire incessamment de la culture de tous les biens, et, sous ce rapport, le véritable arbre de la liberté doit présenter la liberté ayant sa racine la plus profonde dans la personnalité de l'homme, reflet de la personnalité infinie de Dieu, s'élevant comme une tige forte par la sève qui monte du fonds moral, se déployant en autant de branches qu'il y a de directions principales de l'activité, et se nourrissant sans cesse de tous les éléments de culture qu'elle rencontre dans l'atmosphère sociale. L'État, il est vrai, ne peut garantir en premier lieu que la liberté formelle, il ne peut imposer aucun but déterminé, mais il peut établir la base commune de toute culture dans l'instruction obligatoire, et quand il veille à ce que, dans ces établissements d'instruction qu'il soutient, les sciences philosophiques, qui par leurs principes ont toujours déterminé la direction dans le mouvement social, restent une digne représentation des tendances idéales de l'esprit, il peut attendre avec confiance que la liberté entre de plus en plus dans la route des biens dont le désir et le besoin ont été éveillés par l'instruction. Mais quand l'État reste indifférent à cet égard, ou qu'il tend même à amortir l'élan libre et idéal des intelligences, la liberté, si elle n'est pas fécondée par un mouvement en dehors des cadres officiels, ira déchoir de degré en degré et finira par la licence matérialiste à laquelle on ne peut opposer que la faible barrière des lois correc-

tionnelles. L'éducation pour la vraie liberté doit donc commencer par la profusion de l'instruction, se continuer par l'exercice pratique de la liberté dans tous les domaines de l'activité sociale, et se fortifier par l'habitude.

La liberté, une et entière dans sa source, se manifeste dans les divers domaines constitués par les buts principaux que l'homme doit poursuivre. Il en résulte autant d'espèces de libertés qu'il existe de buts particuliers auxquels elles se rapportent: il y a donc une liberté *religieuse*, une liberté *morale*, une liberté *intellectuelle* pour les sciences et l'enseignement, une liberté pour les *beaux-arts*, une liberté *industrielle* et *commerciale*, une liberté *civile* et *politique*.

La liberté *religieuse* consacre le rapport le plus intime de la conscience humaine avec Dieu. «Dans la conscience, disait Luther, Dieu veut régner seul», et aucune autorité humaine ne doit élever la prétention de la soumettre à ses prescriptions. La liberté religieuse ne mendie pas l'aumône de la tolérance, mais demande le droit qui règle toutes les confessions par le principe de l'égalité et rend la jouissance des droits civils et politiques indépendante de toute confession. Comme des traités internationaux règlent déjà des rapports commerciaux des peuples, il serait à souhaiter qu'un traité européen général, semblable à celui de Westphalie, garantît efficacement la liberté de confession dans les pays européens.

La liberté *morale* se manifeste en ce que les motifs d'une action ne rentrent dans l'appréciation juridique qu'en tant qu'ils se revèlent par des actes (v. t. I, p. 165). Il y a une moralité individuelle et publique se manifestant dans la conscience et dans les mœurs d'une société civilisée, et le droit doit veiller à ce que ce bien moral commun ne reçoive pas des atteintes publiques.

La liberté *intellectuelle* dans les sciences, les arts et l'instruction, maintient à découvert les sources d'où jaillissent les vérités fécondes pour l'ordre social. «L'esprit scientifique,

dit M. Guizot (*Mémoires*, II, 65), comme celui de l'art, est un pouvoir libre et fier, qui répand avec dévouement ses trésors, quand il se voit respecté dans sa dignité et sa liberté». Les atteintes portées à cette liberté sont des atteintes à la vérité, des enclos élevés contre la lumière, qui pourtant finit toujours par percer partout l'atmosphère plus ou moins épaisse de l'ignorance et de la superstition. Cette liberté peut également s'égarer, comme le prouve l'athéisme et le matérialisme, mais l'erreur ne peut être combattue que par la vérité, par des recherches plus profondes sur la nature d'un objet. Les erreurs renaissent aussi longtemps qu'elles ne sont pas détruites dans leur source.

La liberté *industrielle* est arrivée, dans les pays civilisés, à une reconnaissance presque complète, et la liberté commerciale internationale doit être le but pour le développement économique des nations.

La liberté *civile* pour les intérêts privés est aussi presque généralement reconnue. Il n'en est pas de même de la liberté *politique*, s'exerçant par la libre participation à la gestion des affaires d'un pays, dans les *élections*, dans la discussion libre par la *presse*, dans l'*administration* communale, provinciale, et dans la *représentation* nationale. Cependant, la liberté politique est la *sauvegarde* de toutes les autres libertés, c'est la liberté dans laquelle la nation, dans sa totalité et dans la conscience publique, protége toutes les parties, tous les membres, c'est l'atmosphère commune dans laquelle respirent et se développent toutes les autres libertés. Quand ces libertés ne sont pas pénétrées et incessamment nourries par l'air bienfaisant de la liberté politique, ou quand un art machiavélique, cultivé maintenant avec grand succès, s'ingénie à fausser cette liberté qu'il n'ose plus nier en principe, la corruption gagne bientôt tout l'organisme social qui souvent ne peut revenir à l'état de santé que par de grandes crises et de grandes secousses internes ou extérieures.

Outre ces espèces principales de liberté, il y a beaucoup

de libertés particulières, comme la liberté de locomotion entravée par des passe-ports inutiles, la liberté de choix dans les professions, etc.; ces libertés exigent également une garantie légale.

En examinant les *rapports* qui existent entre ces diverses espèces de libertés, il faut d'abord poser comme loi que toutes les libertés, dérivant de la même source, s'enchaînent et se présupposent mutuellement; elles sont comme les branches d'un même arbre qui se nourrissent d'une sève commune; chacune, en se fortifiant, devient un soutien pour les autres. Leur influence est donc *réciproque*. Les libertés sont entre elles dans le même rapport que les buts de la vie qu'elles sont appelées à réaliser.

Mais dans le développement historique des libertés humaines, il faut remarquer que la liberté, prenant sa source dans la raison, s'empare d'abord des régions supérieures de la vie spirituelle, et descend ensuite progressivement dans le domaine de la vie pratique. L'ère de la liberté commence par la liberté *intellectuelle*, condition à la fois et produit du mouvement philosophique, qui porte les esprits vers la recherche des principes; ensuite la liberté pénètre dans le domaine *religieux* et *moral*, arrive à l'ordre *civil*, industriel et commercial, et finit ordinairement par l'ordre *politique*. Dans ce développement successif, on peut voir encore que la liberté, comme tout progrès régulier et solide, va du *fond* à la *forme*, de l'intérieur à l'extérieur. C'est ainsi que la liberté intellectuelle, qui touche à l'essence intime de l'esprit, entraîne, en se modifiant, des changements profonds dans les rapports religieux et moraux des nations. Le sentiment de personnalité, se fortifiant dans le travail intellectuel et matériel, modifie ensuite tout l'ordre civil et entraîne à la fin des changements dans toute la constitution de l'ordre politique.

Les libertés, qui sont ainsi conquises successivement et généralement par des luttes vives et fortifiantes, relèvent l'homme à ses propres yeux et aux yeux de tous, elles lui

inspirent le sentiment de la dignité; et de même qu'une nation peut être profondement blessée par un pouvoir oppressif et corrupteur dans l'honneur qu'elle doit garder devant sa propre conscience et dans l'opinion d'autres peuples civilisés, de même la liberté sérieusement et longtemps pratiquée ennoblit le caractère national. La révolution de 1649, qui a fondé des libertés sociales en Angleterre, a puissamment contribué à rehausser la nation, en donnant à chacun de ses membres la conscience de sa personnalité morale et des droits qui y sont attachés. C'est dans ce pays qu'on a appris à connaître, par un long exercice, la valeur des libertés civiles et politiques; on y est réellement convaincu de cette vérité, que le consul Bonaparte prononçait peut-être du bout des lèvres au sujet de la presse, «la liberté guérit les blessures qu'elle fait». La révolution française, de son côté, malgré les nombreux excès qui en furent la suite, a éveillé la conscience de toutes les libertés, et a propagé parmi tous les membres de la famille française ce genre de sentiments moraux qui tiennent aux principes d'humanité, de solidarité et d'équité sociale, mais qui, pour ne pas s'affaiblir ou s'effacer, doivent être cultivés dans une pratique plus constante de la liberté[1].

Mais lorsque la liberté, à travers les diverses phases de son évolution, est parvenue à se constituer dans l'ordre politique, elle n'a parcouru encore qu'une première période de son développement: elle a répandu dans tous les domaines de la vie sociale les germes qui doivent fructifier dans l'avenir. Alors s'ouvre une seconde période, où toutes les libertés qui avaient été acquises *successivement* doivent opérer *simultanément*, s'appuyer les unes sur les autres, se combiner entre elles pour atteindre le mieux, par leurs forces réunies,

[1] Un excellent résumé des débats parlementaires sur ces principes a été donné par *M. Laferrière*, inspecteur général de l'ordre du droit, dans son «Histoire des principes, des institutions et des lois pendant la révolution française, depuis 1789 jusqu'à 1800». Paris, 1850.

le perfectionnement de l'homme dans l'ensemble de ses facultés et de ses relations. Dans cette période, les formes réagissent fortement sur le fond, les libertés politiques étendent les libertés civiles, intellectuelles, morales et religieuses; le corps social se trouve mieux organisé en vue de l'âme qui le vivifie et de toutes les facultés qui s'y manifestent. De plus, les diverses espèces de libertés se modifient, se tempèrent réciproquement, et convergent vers l'*harmonie*, qui est la fin dernière de tout développement social. La société actuelle se trouve à la limite de la première période dans l'évolution des libertés humaines; leur action combinée et harmonique est le problème que notre époque doit résoudre.

Après avoir exposé la théorie de la liberté, de ses espèces, de leurs rapports et des lois générales de leur développement, nous avons encore, en nous plaçant au point de vue des faits, à jeter un coup d'œil rapide sur la marche de la liberté dans l'*histoire*.

Hegel a voulu caractériser les époques principales de l'*histoire* de la liberté, en disant que, dans le despotisme de l'Orient, une seule personne fut libre; dans l'antiquité grecque et romaine, une minorité (vis-à-vis du plus grand nombre d'esclaves); dans les temps modernes, la totalité des personnes. Sous un autre rapport, on peut dire qu'il en est de la liberté comme de la vérité et comme de la lumière dans l'ordre physique. Comme le soleil en s'élevant éclaire les hauteurs et pénètre à son apogée dans les régions inférieures, de même la vérité et la liberté saisissent d'abord les hauteurs de l'intelligence et de la vie, et descendent ensuite dans les profondeurs, jusqu'à ce que, à la fin, comme il faut l'espérer pour l'avenir, l'ordre social tout entier apparaisse dans la pleine lumière de la vérité et dans le mouvement harmonique de toutes les libertés.

Nous avons déjà constaté que la liberté naît de la conscience de la personnalité que les hommes et les peuples acquièrent par le déploiement de leur activité propre. Dans

l'Orient, la personnalité est étouffée par le despotisme et la caste; les colonies, fondées par les émigrations en Grèce et en Italie, secouent bien des fardeaux de l'Orient, comme dans les temps modernes, les colonies américaines du Nord laissent derrière elles bien des institutions féodales de la mère-patrie; mais la Grèce et Rome ne connaissaient que la liberté dans la *cité*; en Grèce, des philosophes qui enseignaient des doctrines en opposition avec le polythéisme furent obligés de fuir, et Socrate dut boire la ciguë; à Rome, où on était plus tolérant envers les différentes religions, puisque, en conquérant les peuples, on admit leurs divinités, les sources de la liberté dans les hautes régions de l'esprit restèrent fermées, et la liberté politique, qui s'était déjà perdue dans la licence et la corruption des mœurs, finit par s'engloutir dans l'impérialisme.

C'est au christianisme qu'était réservée la mission de régénérer l'homme et la société, et de fonder la liberté *humaine*. Le Christ, qui prononça ces paroles profondes: «La vérité vous rendra libres», sema dans le monde la vérité qui devait détruire le paganisme et commencer l'ère d'un perfectionnement indéfini. Le christianisme, en saisissant l'homme dans l'intimité et la totalité de son être, et en le ramenant ainsi à Dieu, source de toute existence, providence du monde, sanctifia la personnalité humaine, et vulgarisa les idées religieuses et morales qui devaient donner à la liberté sa base la plus solide et son essor le plus étendu. Le christianisme est la première *Magna Charta libertatum*, non d'un peuple particulier, mais de l'humanité; il est le principe créateur et transformateur de toutes les libertés modernes. Aussi sont-ce les peuples chrétiens qui, par la liberté, sont arrivés au plus haut degré de culture; porteurs d'un principe éternel de vérité, ils ne peuvent plus périr comme ont péri les nations de l'antiquité; ils possèdent, par la liberté, le pouvoir de se rajeunir sans cesse, de fonder des institutions sociales de mieux en mieux appropriées aux droits et aux devoirs de

tous les membres de la famille humaine. Le christianisme n'a pas proclamé explicitement toutes les libertés qui se sont produites dans l'histoire, mais il en a jeté les fondements en relevant l'homme à ses propres yeux, en reconnaissant dans sa personne un principe divin qui doit triompher, à l'aide de la raison et par la liberté, de toutes les erreurs et de tous les maux[1].

Le christianisme comprenait, comme nous l'avons vu plus haut, en union intime, deux principes, celui de l'ordre éternel du vrai et du bien, et celui de la liberté; ces deux principes ont reçu l'un et l'autre dans les deux époques du moyen-âge et des temps modernes, un développement exclusif; l'ordre devenait une autorité oppressive, et la liberté a pris un

[1] M. Guizot (*L'Église et la société chrétienne*, p. 153) exprime noblement cette pensée en disant: «Un principe, une idée, un sentiment, comme on voudra l'appeler, plane depuis quinze siècles sur toutes les sociétés européennes, sur la société française en particulier, et préside à leur développement; le sentiment de la dignité et des droits de tout homme, à ce seul titre qu'il est homme, et du devoir d'étendre de plus en plus à tous les hommes les bienfaits de la justice, de la sympathie et de la liberté. La justice, la sympathie, la liberté, ne sont pas des faits nouveaux dans le monde; elles n'ont pas été inventées il y a quinze siècles; Dieu en a, dès le premier jour, déposé dans l'homme le besoin et le germe; elles ont tenu leur place et exercé leur empire dans tous les pays, dans tous les temps, au sein de toutes les sociétés humaines. Mais, jusqu'à notre Europe chrétienne, des limites fixes et à peu près insurmontables avaient marqué et resserré étroitement la sphère de la justice, de la sympathie, de la liberté. Ici la nationalité, ailleurs la race, la caste, l'origine, la religion, la couleur, interdisaient à un nombre immense d'hommes tout accès à ces premiers biens de la vie sociale. Chez les plus glorieuses nations, la justice, la sympathie, la liberté, étaient refusées sans scrupule aux trois quarts de la population; les plus grands esprits ne voyaient dans cette spoliation qu'un fait naturel et nécessaire, une condition inhérente à l'état social. C'est le principe et le fait chrétien par excellence d'avoir chassé de la pensée humaine cette iniquité et d'avoir étendu à l'humanité tout entière ce droit à la justice, à la sympathie, à la liberté, borné jusque-là à un petit nombre et subordonné à d'inexorables conditions. On a dit d'un grand philosophe que le genre humain avait perdu ses titres, et qu'il les lui avait rendus; flatterie démesurée et presque idolâtre. Ce n'est pas Montesquieu, c'est Jésus-Christ qui a rendu au genre humain ses titres; Jésus-Christ est venu relever l'homme sur la terre, en même temps que le racheter pour l'éternité. L'unité de Dieu maintenue chez les juifs, l'unité de l'homme, rétablie chez les chrétiens, à ces traits éclatants se revèle l'action divine dans la vie de l'humanité.»

caractère abstrait, individualiste, formaliste et négatif. Cette liberté, dépourvue d'un fonds substantiel et moral, s'est montrée partout comme un instrument de négation et de destruction. On a demandé la liberté religieuse pour détourner la société de toute croyance en Dieu; on a demandé la liberté d'instruction pour ne pas s'instruire du tout ou pour propager les doctrines dirigées contre la morale, la famille et l'État, et la liberté politique est devenue souvent, par ses agitations dans le vide, un sujet de crainte et un moyen de bouleversement.

La masse du peuple a généralement conservé l'instinct du vrai et du bien. Le peuple a le sentiment de sa faiblesse intellectuelle et de la nécessité où il se trouve d'être soutenu par une autorité; il se laisse, il est vrai, facilement égarer par les théories que lui imposent ceux qui obtiennent sa confiance; mais il revient avec la même facilité de ses illusions, quand les événements en démontrent l'impuissance, et il préférera toujours en définitive un ordre social qui paraît lui assurer des biens positifs, dût la liberté en souffrir. Et cependant la liberté civile et politique est un des premiers besoins des sociétés modernes, une condition d'existence pour les peuples qui se respectent et veulent être respectés, et, envisagée de plus haut, l'indispensable moyen de l'accomplissement moral de la destinée humaine. Sans la liberté politique, les autres libertés s'affaissent bientôt, et le progrès, dans l'ordre matériel et spirituel, est arrêté. Il y a bien de problèmes proposés à l'homme et à la société qui ne peuvent être résolus que par la liberté. Mais, d'un autre côté, on peut regarder comme certain que la liberté politique, conçue d'une manière abstraite, fera toujours naufrage, et que les peuples souffriront souvent, par un instinct de conservation sociale, qu'elle soit réduite aux dernières limites, aussi longtemps que l'état intellectuel et moral de la société n'offrira pas des garanties suffisantes contre ces abus. Une grande mission se présente donc aux vrais amis de la liberté: ils doivent, d'une part, combattre, par la science et la presse, la liberté abstraite et

dissolvante partout où elle se montre, et, de l'autre lui signaler le but dans les biens intellectuels, moraux et matériels, qu'il faut réaliser dans la société. L'étude des biens de l'homme et de la société doit précéder toute action politique. C'est par la connaissance de ces biens et par le désir de les effectuer que les hommes politiques dignes de ce nom se distingueront de ces esprits vides qui ne savent remplir la forme de la liberté d'aucun fond, d'aucun bien réel pour la société. En même temps, toutes les mesures que la politique peut conseiller doivent tendre à l'affermissement de la moralité sociale: il faut qu'elles soient en harmonie avec les devoirs de l'homme, avec les institutions qui les consacrent et les maintiennent. Il faut donc respecter aussi la moralité du peuple, en ce sens qu'on ne lui impose pas des lois et des institutions qui soient ouvertement hostiles à sa manière actuelle de penser, de sentir et d'agir. Le respect de la liberté morale défend les moyens de violence intellectuelle ou physique, le mensonge, la ruse, la fraude, que les partis politiques ont tour à tour employés pour arriver à leurs fins. La liberté, ramenée au principe du bien et harmonisée avec la moralité, peut seule redresser les fautes commises et ouvrir une plus large voie au perfectionnement social. Enfin toutes les libertés jaillissant de la source commune de la moralité doivent être retrempées sans cesse dans cette source intime, capable de les maintenir dans la bonne direction. L'histoire démontre que partout où ce foyer s'éteint, les libertés particulières sont à la débandade, et que l'ordre troublé dans la source se laisse difficilement maintenir par des mesures légales[1].

[1] La face morale de la liberté et la cause de la crise politique ont été bien appréciées par M. E. Montégut, dans ses *Études morales sur la société française*. (*Revue des Deux-Mondes*, 15 octobre 1851.) L'auteur dit fort bien, p. 202: «Le mal provient de ce centre humain d'où partent et où viennent aboutir, comme autant de rayons, la foi et le respect, l'autorité et les institutions politiques, la richesse et le bonheur. C'est ce centre même qui est malade, c'est la source de la lu-

II. En considérant enfin plus particulièrement le *droit* de la liberté, comprenant l'ensemble des conditions dont dépend l'établissement, le maintien et l'exercice de la liberté, il y a à constater les conditions positives qui en favorisent le développement, et les conditions négatives qui fixent pour son exercice des limites à maintenir par des lois répressives. Les conditions positives, en tant que l'État doit les remplir, consistent en premier lieu dans l'instruction élémentaire obligatoire, qui, étant organisée sur une échelle convenablement étendue, éveillera nécessairement des aspirations vers une culture plus élevée, que chacun peut chercher dans les établissements ouverts au libre usage de tous. Cette instruction élémentaire est la condition fondamentale préliminaire de l'exercice de la liberté. Sans elle, la liberté est un instrument, une arme, que l'État livre à des mains ignorantes qui deviennent la plupart du temps le jouet de ceux qui savent les manier, par la ruse ou par de fausses promesses. Les États qui ne remplissent pas cette condition essentielle pour l'exercice honnête de la liberté auront, tôt ou tard, à souffrir des conséquences que fait naître toujours la disproportion entre l'extension de la liberté et celle de l'instruction.

Les conditions négatives du droit de la liberté consistent dans les *limites* qui lui sont imposées dans son exercice.

mière qui est altérée, et c'est pourquoi les rayons vont s'éteignant. En un mot, ce ne sont pas les institutions qui sont mauvaises, c'est l'individu; ce n'est pas la société, c'est la personne humaine. Je renverserai donc les termes des questions telles qu'on les pose de notre temps, et je dirai: Si la société est en proie à une crise terrible, ce n'est point sa faute à elle, qui, produit de la liberté et de l'intelligence humaine, n'a ni liberté ni intelligence; c'est l'individu qui est mauvais. Ce n'est point la société qu'il faut médicamenter, c'est l'individu qu'il faut guérir. Insensés qui croyez vous préserver des tempêtes en abattant votre abri, vous êtes plus ignorants que les sauvages qui coupent l'arbre pour avoir le fruit.» — En effet, c'est là la question qui se pose dans toutes les grandes crises sociales: la réforme de la société par la réforme préalable de l'individu. Si les hommes n'acquièrent pas des convictions morales plus complètes et plus profondes, toutes les tentatives de réforme sociale ne seront pas seulement chimériques, mais contribueront à augmenter le désordre existant.

Ces limites sont de diverses espèces. D'abord, chaque liberté trouve sa limite dans les *biens* généraux de la personnalité, de la vie, de la santé, de l'honneur, etc., auxquels elle ne doit pas porter atteinte; elle trouve aussi une limite dans l'*égalité*, dont l'État doit maintenir le respect; de plus, toutes les libertés exercent un *contrôle* important les unes sur les autres; la liberté de la presse ouvre la discussion à toutes les opinions qui plus ou moins se contrebalancent; les débats parlementaires, le libre enseignement privé et public, les publications périodiques, les ouvrages scientifiques, littéraires, etc., toutes ces manifestations de la liberté se contrôlent réciproquement. Enfin les limites peuvent consister dans des restrictions par lesquelles une liberté n'est nullement lesée en principe, mais soumise, quant à son exercice, à des *conditions* d'âge (comme dans le changement d'une confession), de capacité (comme pour l'exercice de la médecine), etc., imposées par la loi, dans l'intérêt même de la liberté, ou pour le bien public.

La liberté exige enfin, pour son établissement pratique, l'*organisation légale* dans tous les domaines de la vie sociale. «La liberté, a-t-on dit avec raison (M. Laboulaye, dans son *Histoire des États-Unis*, t. 3), n'est pas un thème pour des déclamations, une rhétorique pour la tribune ou des ministres, ni une invention de philosophes ou de rêveurs, mais la chose la plus substantielle et la plus positive du monde; elle est, pour un peuple vivant du travail et de l'industrie, tout simplement le droit de gérer lui-même ses affaires et de rester maître du lendemain, de ne pas se laisser appauvrir parles folles dépenses du pouvoir et jeter subitement dans une guerre qui le ruinerait, etc.» *Organiser la liberté*, tel doit être le mot d'ordre pour tous les partisans de la liberté. Or la liberté s'organise quand tous les organes du corps politique et social à tous les degrés se meuvent dans le cercle d'action tracé à chacun par le but spécial qu'il remplit dans l'ensemble de la destinée humaine. La base de tout l'édifice est constituée par la liberté *personnelle*, qui

doit être aussi large que possible; car la personne humaine est la cause impérissable d'où provient l'impulsion et d'où jaillissent souvent d'une manière imprévue, selon les desseins et sous l'influence de la Providence, des conceptions et des inventions qui transforment la vie sociale. La personnalité humaine est en rapport immédiat avec la Divinité, elle en reçoit les rayons directs par la raison, organe divin, tandis que toutes les autres sphères sociales n'existent que pour l'aide et le complément de la personnalité, et s'éclairent de la lumière qu'elle réfléchit. Aussi la société ne se perfectionne-t-elle réellement qu'à mesure que la personnalité humaine se développe, se moralise et s'élève aux sources supérieures de la vérité et du bien. Qu'on entoure donc de respect la liberté de la personne humaine, et l'on verra se répandre sur toute la vie sociale une atmosphère favorable à la production des biens cachés dans les sources intimes de l'homme. Après avoir assuré la liberté individuelle, il faut garantir à la *famille*, dans son intérieur, une sphère d'action soustraite au contrôle des autorités civiles et ecclésiastiques, surtout en ce qui concerne la vie religieuse et le *mode* d'éducation des enfants. Ensuite il faut constituer pour la commune un grand cercle de libertés, parce que la commune est la sphère intermédiaire où les citoyens apprennent à combiner les intérêts individuels et communs, privés et publics. Après la commune, il faut assurer à toutes les *associations* et corporations qui poursuivent des buts intellectuels, moraux et matériels, une liberté d'action et de mouvement appropriée à ces buts; cependant les sociétés pour l'acquisition de biens matériels, dans lesquelles des vues égoïstes peuvent facilement devenir prédominantes, doivent être soumises à des conditions plus sévères d'établissement et de gestion, afin de prévenir les lésions que les intérêts privés et publics pourraient éprouver. Enfin la liberté *politique* pour la coopération aux affaires générales de l'État est le couronnement de toutes les autres et la condition de leur maintien. Le système

politique le plus funeste à la liberté est celui d'une forte centralisation; il affaiblit, il estropie toutes les libertés au profit de la machine administrative, il déprime tous les ressorts moraux, toutes les forces vives des divers cercles de personnalité, et finit par corrompre et démoraliser un pays. Le principe d'organisation demande que l'exercice de tout pouvoir soit contrôlé par des assemblées librement choisies.

Pour l'*établissement légal* de la liberté, il faut que la loi sanctionne en *principe* toutes les libertés formant un tout uni dans lequel la perte de l'une amènerait bientôt la perte des autres; d'un autre côté, la loi doit fixer les *limites* qui sont à imposer à l'exercice des libertés, et enfin il faut leur donner la garantie nécessaire en ce sens que des tribunaux de justice, éclairés par la conscience morale des *jurés*, soient seuls chargés de prononcer sur les violations qui peuvent être commises dans l'exercice de la liberté. Il n'y a ni liberté religieuse, ni liberté d'instruction et d'éducation, ni liberté de la presse, ni liberté industrielle et commerciale, quand il dépend du bon plaisir d'une autorité *administrative* de concéder, de suspendre ou de supprimer l'exercice d'une de ces libertés. Partout où l'arbitraire domine, il étouffe le sentiment de la dignité, engendre la corruption et déshonore le pays.

Enfin toutes les attaques contre la liberté proviennent d'une source bien signalée par Royer-Collard, dans les mémorables paroles suivantes: «Au fond de toutes les tyrannies, il y a le même mépris de l'humanité, et quand elles «daignent philosopher, ce mépris se déclare par les mêmes «sophismes; c'est que, dans leur pensée, il y a eu imprudence, au grand jour de la création, à laisser l'homme «s'échapper libre et intelligent au milieu de l'univers; de là «sont sortis le mal et l'erreur. Une sagesse plus haute vient «réparer la faute de la Providence, restreindre sa libéralité «imprudente, et rendre à l'humanité sagement mutilée le «service de l'élever enfin à l'heureuse innocence des brutes!»

§ 50.

DU DROIT DE L'ASSISTANCE.

L'homme, l'être le plus faible à sa naissance, mais capable, par sa raison, de se perfectionner à l'infini, ne peut s'élever à un degré toujours plus haut de culture que par l'assistance qu'il trouve dans un milieu social approprié à sa situation. La fonction du droit, se rapportant à l'assistance, déjà comprise en principe (t. I, § 18), est ici à déterminer sous ses rapports principaux. Le principe de l'assistance ne doit pas être confondu avec celui de l'association (§ 51), parce que, dans celle-ci, plusieurs personnes poursuivent, par des forces réunies, le même but, tandis que l'assistance est, de sa nature, subsidiaire, complémentaire et plus ou moins accidentelle.

Le droit d'assistance peut avoir son origine dans l'un ou l'autre des modes principaux dont se forment les rapports de droit, à l'exclusion du mode constitué pour les délits (t. I, p. 193). D'abord, il peut avoir son origine dans des *états* généraux ou particuliers, indépendants de la volonté ou de l'intention d'une partie, et constitués par des rapports humains généraux ou par des rapports plus ou moins contingents, accidentels. Il y a ensuite un droit d'assistance libre, *volontaire*, tirant son origine ou d'un contrat, ou de la volonté d'une seule partie, qui intervient, dans une intention secourable, dans les affaires d'une autre partie, mais sans en avoir obtenu l'autorisation préalable. Les contrats forment la source principale pour les divers genres d'assistance que les hommes se prêtent réciproquement; et au fond toute la vie humaine est un échange constant de services s'accomplissant le plus souvent par des contrats qui se concluent, sans qu'on y songe, journellement pour les divers besoins de la vie. Mais l'intervention non autorisée peut aussi constituer un vrai rapport de droit dans tous les cas où l'autre partie est empêchée, principalement par l'absence, de donner

cette autorisation, et où il s'agit avant tout de prévenir des dommages dont elle est menacée dans son patrimoine. Le principe qui règle ces cas, c'est la certitude que tout homme, comme être *raisonnable*, sera toujours prêt à prévenir la déterioration de son patrimoine ou à remplir les obligations qui lui sont imposées par la loi juridique; et, comme les hommes sont égaux devant la raison, l'un peut se mettre à la place de l'autre dans tous les cas qui, pour la raison, n'admettent pas d'appréciation différente. Quand donc quelqu'un fait appuyer, pour un absent, une maison qui a souffert dans une tempête, ou qu'il prend soin d'un enfant tombé malade pendant un voyage, il a agi moralement et justement, et l'autre partie est obligée de droit à lui rembourser les frais. Le droit romain, tout en reposant sur un principe d'individualisme égoïste, fut obligé, par les nécessités de la vie sociale, de reconnaître de pareilles obligations dans tous les cas appelés très-improprement des quasi-contrats, parmi lesquels la gestion d'affaires d'autrui sans mandat est le type le plus important. Le droit germanique, inspiré par un autre principe, formulé pour les membres d'une corporation: *unus subveniat alteri tanquam fratri suo in utili et honesto* (Wilda, *Strafrecht*, Droit pénal des Germains, p. 140), a modifié le droit romain, sous plusieurs rapports essentiels, dans les questions d'intervention de l'un en faveur d'un autre.

Le droit d'assistance, fondé dans des états généraux et particuliers, réguliers ou exceptionnels de la vie humaine et sociale, est encore de deux espèces, selon qu'il concerne des rapports de droit et d'obligation entre l'État et les particuliers, ou entre les particuliers eux-mêmes. L'État, par lequel nous entendons ici les pouvoirs publics constitués dans la commune, dans la province et au centre même, a l'obligation de venir au secours dans tous les cas où les facultés et forces des particuliers ou des associations sont insuffisantes pour prêter l'assistance dans la mesure et avec la régularité convenable,

ou pour la prêter à temps dans les cas urgents exceptionnels. Considéré à un point de vue général, l'État, comme ordre de droit, est aussi l'ordre général et régulier d'aide et d'assistance, ayant à fournir les conditions fondamentales de l'existence et du développement de ses membres, et il remplit cette obligation d'une manière régulière pour tous les buts d'un intérêt commun et certain, matériellement, par exemple, par l'instruction élémentaire obligatoire, formellement par l'établissement des cours de justice, et, d'une manière plus exceptionnelle, par des mesures ou prohibitives et préventives, ou réparatrices par rapport à des maux qui naissent, soit de causes naturelles, inondations, epidémies, disettes, etc., soit de causes sociales, guerres, révolutions, etc. Le principe qui régit tous les cas extraordinaires est que tout ce qui arrive comme un mal plus ou moins commun, par hasard, accident, force majeure, etc., doit être maîtrisé et supporté par des forces communes. Tous ces cas forment un domaine important pour l'assistance régulière ou extraordinaire de l'État, et ce serait une exagération pernicieuse du principe de l'aide de soi-même que de vouloir priver l'État de cette fonction importante d'assistance commune. Au fond, toute aide de soi-même présuppose déjà une assistance exercée, soit par des particuliers, parents, tuteurs, amis, ou par l'État; nous vivons tous dans une atmosphère d'assistance permanente, publique et privée; nous sommes aidés dans notre développement par les biens de culture que les générations précédentes nous ont transmis; nous profitons des biens publics que l'État offre à tous ses membres et qu'il peut encore augmenter à l'avenir, de l'instruction, des musées d'art et d'industrie, des chemins publics, etc., et nous jouissons tous de l'aide qui nous est offerte par d'autres personnes, même sans un contrat préalable. Toute la vie sociale est un produit des forces vives des personnes individuelles et des pouvoirs sociaux qui les combinent et les dirigent pour des buts communs. Toutefois, ce qu'il importe

d'établir comme principe, c'est que l'aide de soi-même soit maintenue comme la force principale et comme le point de départ dont le principe de la co-assistance n'est que le complément.

En recherchant les cas principaux d'assistance dans les rapports de personnes particulières, on peut constater les cas suivants.

La loi organique, d'après laquelle l'homme se développe, sous la protection première de ceux à qui il doit la naissance, impose le droit et l'obligation d'assistance à des parents ou, à leur défaut, à des tuteurs et curateurs qui sont institués par les divers modes sanctionnés par la loi. Toutefois le droit de *tutelle* a une portée encore plus générale, étant susceptible d'être appliqué à tous les états plus ou moins persistants dans lesquels des personnes physiques et morales ou des sphères sociales, soumises toutes à la loi du développement, ont besoin, dans une première époque de faiblesse et d'infériorité, d'une protection soutenue et bienveillante. Cet état d'enfance se manifeste chez les individus, chez des peuples, des races, comme pour des sphères et des institutions sociales, et il en découle un droit de tutelle qui, pour les individus, est exercé par des personnes parentes ou appelées par la loi, et pour des peuples sauvages et incultes, par les nations civilisées, qui, par un devoir d'humanité, ont à exercer une tutelle bienveillante tendant à en faire, par l'initiation à une culture supérieure, de dignes membres de la société des peuples civilisés.

Il y a enfin une tutelle à exercer pour des sphères sociales encore trop faibles pour se maintenir par leurs propres forces, par des sphères ou institutions déjà plus avancées dans la culture, et possédant les moyens nécessaires pour soutenir les autres. C'est ainsi que l'Église a été longtemps l'institution tutélaire pour l'enseignement et les sciences, et que l'État exerce encore aujourd'hui la tutelle dans l'ordre économique pour des branches d'industrie qui, étant en elle-même viables

dans un pays, ont encore besoin de quelque protection pour acquérir les forces nécessaires pour lutter, à conditions égales, avec la concurrence. Mais toute tutelle doit toujours tendre à se rendre superflue en accélérant le moment d'émancipation qui amène le droit commun.

Pour les autres cas, dans lesquels l'assistance est exercée par des particuliers dans des rapports plus ou moins passagers, il importe de distinguer les cas ou l'assistance est un droit, sans être imposé par la loi, et les cas constituant une obligation légale. Nous avons déjà précisé le premier genre de cas ou de rapports dont le type complet est la gestion des affaires d'autrui sans mandat. Pour l'autre genre de cas ou de rapports, il faut d'abord, pour ne pas confondre l'obligation juridique avec les devoirs moraux, poser le principe que l'homme ne peut être tenu, sans engagement préalable, à des actes d'assistance propres à préserver la vie, la santé ou les biens d'autrui, des dangers dont ils sont menacés par d'autres personnes, que dans les cas où il peut prêter l'assistance sans danger pour sa vie, sa santé, ou ses biens propres. C'est ainsi que beaucoup de codes criminels en Allemagne imposent l'obligation, sous les restrictions indiquées, d'empêcher des crimes et délits tentés contre des particuliers par dénonciation ou par avertissement des personnes menacées. Certains sacrifices ne peuvent pas être exigés par la loi, quoiqu'il y ait bien des circonstances où ils sont imposés par un devoir moral de bienveillance, de charité ou d'humanité.

Nous voyons que les principes de l'aide de soi-même et de l'assistance ne s'excluent pas, qu'ils sont, au contraire, sans cesse combinés par les besoins essentiels de la vie humaine et sociale.

Nous passons maintenant au droit de sociabilité présentant l'assistance réciproque sous un aspect plus élevé et plus permanent.

§ 51.

DU DROIT CONCERNANT LA SOCIABILITÉ ET L'ASSOCIATION.

La sociabilité est un caractère distinctif de la personnalité. De même que l'égalité, elle est l'expression de l'unité du genre humain; car tous les hommes, ayant la même nature et par conséquent la même destination, trouvent entre eux de nombreux points de contact et de liaison; et comme tous les buts de la vie humaine s'enchaînent de manière que chacun présuppose, pour être accompli, la réalisation des autres, comme d'ailleurs chaque but particulier, par exemple la science ou l'art, est encore trop vaste pour être rempli par un seul, il faut que les hommes ne vivent pas seulement dans un commerce intellectuel ou moral, mais qu'ils s'associent aussi, afin d'exécuter, par le concours de leur intelligence et de leur activité, des travaux auxquels leurs forces isolées ne suffiraient pas. L'association est ainsi exigée par la nature de l'homme. Il est dans la nature de l'animal de vivre isolément, ou du moins de se borner à l'association la plus simple provoquée par l'instinct, parce que l'animal ne peut concevoir des buts ni pour lui, ni pour le genre d'êtres auquel il appartient. Mais l'homme, l'être harmonique et synthétique de monde, doué d'une force d'assimilation universelle, peut embrasser par l'intelligence, par le sentiment et par la volonté, tous les rapports qui existent dans le monde entier. Il est capable de tout connaître et d'éprouver de la sympathie pour tout ce qu'il conçoit. C'est à cause de ce caractère sympathique que l'homme est un être sociable; c'est pour la sociabilité qu'il a été doué du langage, c'est par elle qu'il se perfectionne sans cesse avec l'aide de ses semblables. Enfin la sociabilité est un principe tellement inhérent à la nature humaine, que l'isolement, au delà d'un certain temps, devient pénible, et qu'il est employé aujourd'hui dans le

système pénitentiaire comme un des moyens de correction les plus redoutables.

Nous avons déjà déterminé les deux genres de sphères de la sociabilité (t. I, p. 133 et p. 285-292), formés d'un côté par les sphères réunissant, à degrés divers, les personnes dans la totalité de leurs buts, comme la famille, la commune, la nation, etc., et d'autre côté par des sphères qui, dans la division du travail de culture, réalisent chacune un but principal, la religion, les sciences, les arts, l'industrie, etc.

L'histoire atteste que la sociabilité se développe de la même manière que la liberté, en trois degrés, selon la prédominance de l'*instinct*, de la *réflexion* et de la *raison*, étendant sans cesse ses cercles, depuis la famille, à travers la commune, le peuple, jusqu'à embrasser toute l'humanité, et saisissant toujours plus complétement les divers buts compris dans la destinée humaine. Le développement de la sociabilité humaine est loin d'être arrivé à son dernier terme, mais les principes généraux, appuyés par les lois organiques de l'évolution sociale, nous permettent d'énoncer, comme la fin dernière vers laquelle elle doit tendre, le problème suivant: établir au sein de chaque nation, (la nation étant le noyau social le plus important de l'humanité,) une organisation sociale dans laquelle, d'un côté, les divers degrés de la famille, de la commune, de la province, dans leur indépendance et dans leurs rapports organiques, et, d'un autre côté, tous les ordres de culture, arrivés à un développement proportionnel, constituent autant d'organismes distincts, ordonnés dans leurs rapports de droit par l'État, et formant l'ordre harmonique de la culture humaine. Cet état d'harmonie n'existe pas encore; il y a des ordres sociaux, par exemple les sciences et les arts, qui ne sont pas encore arrivés à une organisation propre, et il y en a d'autres qui en présentent seulement les premières assises, comme l'ordre économique; mais le mouvement qui s'est emparé depuis quelque temps de tous les domaines de culture fait tendre chacun à une

plus grande indépendance, pousse l'Église et l'État à organiser leurs rapports d'après le principe de la liberté, fait aspirer l'enseignement à une constitution plus indépendante de la tutelle de l'Église et des pouvoirs politiques; ce mouvement, à peine commencé et déjà très-puissant, permet de prévoir une époque où le but indiqué comme l'idéal de l'association humaine[1] sera réalisé dans ses premiers contours, et où la société se présentera comme un grand *système fédératif*, fort par la liberté de mouvement de toutes les sphères intérieures de vie et de culture. De même que, dans les rapports sociaux internationaux, aucune nation ne sera investie d'une hégémonie, de même, au sein de chaque nation, aucune sphère, aucun ordre ne sera élevé au dessus des autres, mais tous seront liés organiquement dans l'État par le principe du droit, pour constituer l'union fédérative de la vie et de la culture sociale.

Tel est le mouvement d'association envisagé d'en haut dans les grands ordres de la société; mais ce mouvement

[1] L'idéal de l'association humaine, comme organisme de sphères intimement liées entre elles et établies pour les buts fondamentaux de la société, a été exposé par Krause dans son *Urbild der Menschheit* (Idéal de l'humanité), 1808, avec une simplicité de langage qui cache les profondes idées philosophiques sur lesquelles il est fondé. Cet ouvrage devait être suivi de deux autres: l'un *historique*, ayant pour but de tracer le développement des institutions sociales, et de recueillir dans l'histoire tous les genres d'association tentés pour l'un ou l'autre but fondamental de l'humanité; l'autre *politique*, indiquant les moyens de *transition* de l'état actuel vers un avenir où du moins tous les principes généraux de l'association humaine auraient trouvé leur application. De ces deux ouvrages, il n'existe que des ébauches dans les manuscrits laissés par Krause. Dans l'*Idéal de l'humanité*, l'auteur n'est pas entré, comme d'autres l'ont fait depuis, dans d'inutiles détails d'organisation, qui découlent facilement des principes féconds qu'il a développés; il s'est attaché avant tout à établir une nouvelle conception sociale de l'humanité, c'est-à-dire à exposer avec précision les principes généraux du vaste organisme de la sociabilité humaine et de toutes ses ramifications. La doctrine sociale de Krause diffère radicalement de toutes les théories modernes; c'est, selon nous, la vraie doctrine d'harmonie; elle ne détruit aucune des grandes institutions sociales qui se sont formées dans l'histoire, mais leur donne une base plus large, détermine leur principe et le met en accord avec les institutions nouvelles qui doivent encore se développer comme de nouveaux organes dans le corps social.

s'accomplit par petits groupes dans les divers ordres sociaux, et c'est sous ce caractère que nous avons à le considérer plus particulièrement, en déterminant la *nature* et les divers *genres* de l'association et le *droit* qui s'y rapporte.

I. En examinant la nature de l'association, il y a d'abord à faire comprendre une vérité très-simple, mais souvent méconnue, c'est que toute association est une association d'*hommes* et non pas une agrégation de *choses*, d'objets matériels, de capitaux, etc.; même quand les hommes se réunissent pour des buts d'utilité matérielle, ils apportent toujours un capital intellectuel et moral en idées, en sentiments, en motifs et en modes d'action, dont la valeur fait hausser ou baisser toutes les valeurs matérielles. L'ordre économique dans toutes ses parties et dans toute son organisation sera toujours le reflet du degré déterminé de culture intellectuelle et morale de ses membres. C'est donc une grande erreur de croire qu'une meilleure organisation économique puisse s'accomplir par un réglement de rapports extérieurs, de position des diverses parties, de distribution des profits, etc.; ces réglements formels, tout en ayant leur importance relative, ne pourront jamais suppléer au fonds moral, constitué et nourri sans cesse par les idées et les sentiments dont les hommes sont pénétrés, par les motifs moraux qui forment les leviers dans toute association. De même qu'un naturaliste sensé ne s'imaginera pas pouvoir organiser des métaux, de même la science sociale doit déclarer illusoires et stériles toutes les tentatives de remplacer le labeur moral de l'organisation par une réglementation mécanique du travail matériel. Le principe d'organisation qui féconde et fait croître toute association, c'est l'esprit, l'âme dont les associés sont pénétrés, et qui fait de tous les membres un corps organique avec des fonctions diverses, mais également importantes pour l'exécution du but commun. Nous constaterons bientôt la portée de cette

vérité dans le domaine économique où elle n'est pas encore suffisamment comprise.

Dans toute société ou association, il y a à distinguer trois choses, le *but* pour lequel elle est formée, les *moyens* qui sont à employer, et les *personnes* qui, par rapport au but et aux moyens, peuvent y avoir une position différente.

Dans toute société, le but est le principe *éthique*, le *lien*, le ciment moral entre les associés. Ce but peut être limité dans le temps ou pour la vie des personnes qui s'associent, ou il peut être permanent, éternel, durer au moins aussi longtemps que son exécution est possible, et c'est principalement pour ces buts et besoins permanents que l'État doit rendre possible la constitution de ce genre important de personnes juridiques qu'on appelle ordinairement personnes civiles, *universitas personarum* (t. I, p. 188). Les *moyens* qui sont employés pour un but social sont ou des actes, un travail quelconque, ou des choses, principalement des capitaux, ou à la fois des actes et des choses. La *position* des *personnes* dans une société peut être différente par rapport au but et aux moyens. Mais à ce sujet, il faut d'abord tenir compte du grand principe de la société moderne, savoir que la personnalité moderne n'est plus absorbée, ni dans une caste, ni, comme au moyen-âge, dans une corporation ou un ordre, mais qu'elle est le foyer qui répand les rayons de son activité dans toutes les directions et pour la totalité des buts de la vie sociale.

Cette position nouvelle crée un droit nouveau, en vertu duquel il doit être loisible à chaque personne de partager son travail et son capital entre les divers genres d'ordres et d'associations dans un État, d'être un membre actif dans une Église (par exemple membre d'un synode), de participer à une société savante, d'être industriel, commerçant ou agriculteur, etc. Toutefois ce principe trouve une modification essentielle pour toutes les personnes appelées à remplir, dans un ordre ou dans une association, des fonctions qui, pour

être bien exécutées, exigent une activité concentrée, des soins assidus de la part de ses organes. Si, dans le mouvement libre des associations, constituées pour des intérêts privés, la loi peut se contenter de maintenir aux actionnaires, par le droit d'élection et la restriction de la durée légale des fonctions, la faculté d'éliminer des administrateurs qui ne se vouent pas d'une manière convenable à leurs fonctions, l'État et les Églises doivent demander, dans un intérêt public, de la part de leurs fonctionnaires, un dévouement de toute leur personne, et ne doivent pas permettre qu'ils se placent à la tête d'une direction industrielle, commerciale, etc., quoiqu'ils conservent naturellement le droit de participer, comme actionnaires ou sous d'autres rapports de leur activité, à des sociétés industrielles, savantes, religieuses, etc.

La position différente des personnes dans une société, par rapport à la responsabilité qu'elles y encourent avec toute leur fortune ou une partie déterminée de leur avoir, sera exposée plus tard dans la doctrine des sociétés économiques (société en nom collectif, société commanditaire et société anonyme).

Les *genres* principaux de sociétés ou d'associations sont constitués par les buts principaux de la vie humaine, la religion, les sciences, les arts, l'enseignement, l'industrie, le commerce et le droit lui-même sous le rapport des réformes à introduire dans un domaine privé ou politique. La liberté d'association doit être garantie pour tous ces buts, et elle aura en général la conséquence salutaire d'augmenter les forces intellectuelles et économiques d'une nation, parce que le principe d'union est en lui-même une force nouvelle qui ne produit pas seulement une agrégation mathématique de sommes individuelles, de forces ou de capitaux, mais les élève en quelque sorte à une puissance supérieure.

Toutefois une différence notable se présente entre des associations purement politiques et tous les autres genres d'association. Tandis que ceux-ci ont l'avantage, en exigeant

toujours une participation par des prestations d'actes ou de capitaux, d'éveiller les aptitudes pratiques et de répandre par la pratique une plus grande intelligence des affaires; les associations politiques, au contraire, ne sont que des associations d'opinions plus ou moins fondées, et peuvent facilement dégénérer en sociétés de pure critique, de rhétorique politique, dans lesquelles, la phrase l'emportant sur le fond, les idées extravagantes ne rencontrent aucun tempérament, aucun contrôle dans les réalités de la pratique. Car, comme l'État est lui-même la grande association civile et politique, il ne peut pas permettre, comme dans d'autres domaines, que ceux qui professent certaines opinions ou poursuivent certains buts s'associent pour en essayer la réalisation politique. L'État n'est pas un champ d'expérimentation pour des associations, qui, précisément parce que la théorie n'est pas aussitôt rectifiée par la pratique, peuvent facilement poursuivre des buts contraires aux besoins et aux vrais intérêts de l'ordre social. Toutefois on n'est pas fondé à interdire les associations dans le domaine politique, parce qu'elles ont les mêmes raisons d'existence que la presse politique. Des hommes imbus de l'idée payenne de l'État et de son omnipotence impérialiste ont bien demandé aussi à la presse de qui elle tenait son mandat, puisque ni l'État ni des électeurs ne le lui avaient donné; mais, depuis le christianisme, l'homme ne tient pas ses droits d'un État ou d'un pouvoir politique, mais du principe divin manifesté par la raison, qui lui assigne son but plus élevé et devient le principe réformateur de toutes choses; et tout homme a le droit d'employer sa raison dans la discussion des affaires publiques, soit par la presse dans la grande association politique de l'État, soit par la discussion dans les associations particulières, pour contrôler la marche du gouvernement et proposer des réformes. Les rouages officiels n'ont jamais suffi; tous les grands progrès ont été préparés par l'initiative des esprits supérieurs et vigoureux qui se sont élevés en dehors des cadres officiels.

pour en demander la réforme. D'ailleurs, on ne peut pas juger des associations politiques d'après les effets qu'elles ont souvent produits dans les premiers temps de leur existence après une excitation révolutionnaire. Quand ces associations se tiennent dans les limites de la discussion, qu'elles ne sont pas clandestines et ne font pas appel à la force, l'opinion publique s'en détournera bientôt si elles manifestent des opinions extravagantes, et il est permis d'espérer que, par une plus longue pratique sérieuse et bien entendue du système représentatif, les associations politiques suivront l'exemple donné par les associations en Angleterre, qui ne se constituent pas pour un but politique en général, mais se forment toujours pour un but bien déterminé qu'elles veulent poursuivre immédiatement par la réforme d'une loi, comme l'ont montré les ligues pour la réforme des lois sur les céréales, pour l'extension du suffrage, etc. Ces associations ont exercé, après la presse, une fonction politique importante, en préparant les matières pour la législation, en obligeant le gouvernement à examiner plus à fond une question sur laquelle l'opinion publique, constatée non-seulement par la presse individuelle, mais aussi par une association très-étendue, avait jugé en quelque sorte en première instance.

Parmi les associations pour les buts religieux, intellectuels et moraux, ce sont les associations pour des buts moraux, pour les divers genres de bienfaisance, pour la tempérance, ou plutôt pour l'abstention de certains vices, pour la réforme morale des jeunes délinquants, des détenus, etc., qui appellent une participation de plus en plus étendue; et ce sont ces associations qui, en visant à l'amélioration morale des autres, rendent aussi moralement meilleurs ceux qui en sont des membres actifs. Un grand progrès de la culture sera opéré, quand tous ceux qui en possèdent les moyens, deviendront des membres, non-seulement par des contributions d'argent, mais aussi par une action bienveillante personnelle,

telle qu'elle est réclamée par les vrais besoins de tous ceux qui doivent être secourus.

Le champ le plus vaste est aujourd'hui ouvert aux associations économiques dans l'industrie, le commerce et l'agriculture.

En réservant à l'exposition du droit des sociétés (v. Droit public) d'en déterminer les espèces principales, nous avons ici seulement à constater le grand mouvement toujours croissant qui s'est produit à la suite de l'extension prodigieuse du travail industriel opérée principalement par les machines, et qui tend à établir une proportion plus équitable dans la distribution des profits d'une entreprise entre tous ceux qui y ont coopéré par le talent, le capital et le travail plus matériel. Sans entrer ici dans des discussions encore très-animées dans l'économie nationale sur les rapports dans lesquels ces trois facteurs se trouvent entre eux, nous pouvons nous contenter d'énoncer comme une vérité très simple et néanmoins très-féconde, que la loi générale et harmonique de culture désigne comme le dernier but à atteindre, que tous ceux qui, dans un ordre de culture, se vouent par vocation à un genre de travaux, y participent à la fois par les forces principales d'action dont l'union est nécessaire pour la production d'un genre de biens. Or, ces forces d'action ou agens sont, dans toute entreprise industrielle, agricole ou commerciale, outre le talent d'entreprise et d'administration, le capital et le travail plus ou moins matériel. L'association industrielle, agricole ou commerciale, pour être complète, intégrale, exige donc que tous ses membres y participent à la fois par le capital, par le travail et par la part qu'ils prennent à la constitution et au contrôle de l'administration. Tel est du moins le but ou l'idéal proposé au mouvement économique, qui ne sera pas atteint d'emblée et ne se laissera forcer par aucune mesure et intervention de l'État, mais qui se réalisera lentement, à mesure que la classe ouvrière avancera dans la culture intellectuelle et morale.

Les associations, appelées dans l'ordre industriel et agricole *sociétés productives* ou *coopératives* par excellence, résoudront le mieux par la pratique les controverses théoriques qui subsisteront encore longtemps sur les notions du capital et du travail et sur leurs rapports dans la production et la distribution des biens. L'état actuel de l'ordre économique présente souvent l'opposition et la lutte entre le capital et le travail, qui, tout en étant destinés à s'unir, sont représentés par des classes d'hommes distinctes, dont chacune, poursuivant avant tout son propre intérêt, cherche à exploiter toutes les circonstances extérieures pour amoindrir le profit de l'autre. Ces avantages extérieurs sont généralement du côté du capital, qui a souvent imposé et maintenu de dures conditions au travail. Mais la transformation de l'état économique actuel est commandée, et par la loi générale du travail que nous venons d'indiquer, et par d'importants principes du droit et de la moralité. Le droit demande, par le principe bien entendu de l'égalité et de la dignité, que tous ceux qui exercent la même fonction sociale, en se vouant au même genre de travail, soient soumis en général à un traitement égal; la position des travailleurs, comme de simples *salariés* vis-à-vis des capitalistes et entrepreneurs, ne répond donc que très-imparfaitement à l'idée de la justice; ces travailleurs étant certainement des *actionnaires* dans le vrai sens, aussi bien que les simples capitalistes qui se sont engagés par des actions, le droit doit tendre à leur assurer une participation analogue aux profits d'une entreprise. De plus, l'état dans lequel ils se trouvent aujourd'hui vis-à-vis des patrons constitue, quoique dans la forme la plus douce, le dernier échelon dans les degrés d'asservissement et de dépendance d'une classe d'hommes à l'égard d'autres hommes disposant principalement des instruments de travail (terres, machines) dont les premiers ont besoin. Sans doute, la société humaine est un ordre dans lequel tous dépendent, plus ou moins, les uns des autres; mais déjà Aristote avait

fait la profonde remarque qu'il y a cette différence essentielle entre le travail d'esclaves et le travail d'hommes libres, que les uns travaillent pour un maître, les autres, sans intermédiaire, pour le public. Or, un état analogue est encore aujourd'hui présenté par les rapports du salarié au patron; mais nous avons déjà plusieurs fois constaté que l'esprit général de toute l'époque moderne tend à effacer partout les autorités, pouvoirs, liens, etc., intermédiaires qui se sont interposés entre la personnalité humaine et les sources originaires de la vérité ou de l'ordre politique et social en général (t. I, p. 13). La réforme religieuse a établi un lien direct entre le fidèle et les sources de la foi et la communauté religieuse; la révolution a brisé les liens intermédiaires de la féodalité et du servage, elle a mis le citoyen en rapport direct avec l'ordre politique; de même l'ordre économique se réformera dans le même esprit, quand un rapport direct s'établira entre tous les travailleurs industriels comme producteurs et le public consommateur. Toutefois ce dernier progrès ne se laisse forcer par aucune loi de l'État; il ne peut être amené que successivement par la propagation de la culture intellectuelle et morale. De même que l'État, tout en ayant détruit, dans l'ordre agricole, les liens de féodalité et de servage, ne défend pas au propriétaire d'affermer sa terre, au lieu de constituer une société coopérative, de même l'État ne peut pas imposer ces sociétés dans l'ordre industriel. La raison en est, que ces sociétés sont vraiment des sociétés d'*hommes* réunissant à la fois les éléments matériels, intellectuels et moraux d'une vie humaine, qu'elles sont des sociétés *parfaites*, mais exigent aussi une grande perfection des hommes, bien plus encore sous le rapport moral que sous le rapport intellectuel, perfection qu'il n'est pas au pouvoir de l'État de commander par une loi. Aussi ce genre d'associations ne s'établira que lentement et, en suivant le progrès moral toujours continu et successif, il n'amènera aucune secousse violente par un bouleversement subit de tous les rapports

existants dans l'ordre économique. Mais tous ceux qui ont des conseils à donner à la classe ouvrière ont le devoir de lui faire bien comprendre que les conditions fondamentales de ce genre de sociétés consistent non-seulement dans une plus grande culture intellectuelle, dans la bonne entente des affaires à entreprendre, et dans un certain talent administratif, mais par-dessus tout dans les qualités *morales* de l'honnêteté, de la bonne foi, de l'équité, de la persévérance, de la confiance réciproque, et souvent dans cette abnégation personnelle qui sait se rendre à de meilleures idées et prendre, dans une obéissance confiante, la place et la fonction qui sont assignées à chacun. De plus, toute la moralité des associés se reflétera aussi dans la manière dont ils détermineront la part qui sera affectée, lors de la distribution des profits, au capital social fourni, dans des proportions différentes, par les travailleurs eux-mêmes, et au travail également différent dans les diverses fonctions et susceptible d'être différemment retribué, soit dans la forme d'un traitement inégal, soit dans celle d'une inégale participation aux profits. Les formes qu'on adoptera dépendront essentiellement des sentiments moraux de bienveillance, d'équité et de véritable esprit fraternel qui animeront les associés; et, comme on reconnaît chaque arbre à ses fruits, les meilleurs résultats obtenus pour tous dans une forme d'association pratiquée pendant un certain temps et par un grand nombre de sociétés analogues, sera aussi la démonstration la plus évidente de la supériorité de leur forme morale. Mais la raison principale qui doit faire souhaiter vivement à tous les amis d'un progrès social pacifique la propagation de ce genre d'associations, c'est que l'esprit moral, qui en est l'essence, la sève et la condition d'existence, en sera aussi le fruit et le meilleur profit qui se communiquera à toute l'atmosphère sociale. Car ces associations harmonisent le mieux les principes de la propriété individuelle avec les principes d'une communauté, non abstraite et exclusive, mais organique, parfaitement compatible avec

l'existence et l'avoir personnels de ses membres; elles communiquent à leurs membres le sentiment de la propriété, qu'il ne faut pas détruire, mais répandre, comme étant une des conditions les plus efficaces de l'affermissement de l'ordre social; elles facilitent aux ouvriers, par la participation aux bénéfices, les moyens de fonder par le mariage une famille, cette première force de cohésion sociale, sans laquelle le monde social se disperse dans des atomes individuels; de plus, elles contribuent puissamment à augmenter l'esprit d'ordre, si nécessaire dans notre époque, parce que le désordre qui est allé en croissant, depuis l'abolition, en elle-même nécessaire, des anciens ordres, corporations privilégiées et monopolistes, disparaîtra à mesure que, par la liberté et dans l'intérêt de tous les associés, de nouvelles corporations se constitueront dans un nouvel ordre librement organisé, fort et riche de centres particuliers; enfin, tout fait espérer que les sentiments moraux rendus plus vigoureux réveilleront et fortifieront le sentiment religieux, parce que tout ce qui forme un lien entre les hommes, comme le lien de famille, le lien intime dans une association, quand il est bien cultivé, est propre à amener la conviction que la source et l'âme de tous les liens est la religion, qui, comme l'histoire l'atteste, a rapproché et uni les hommes par le ciment le plus énergique [1].

[1] La société-modèle pour toutes les associations coopératives de production a été, dès le commencement jusqu'à ce jour, celle des tisserands de Rochdale *(Rochdale equitables pioniers)*, qui fondèrent d'abord, au nombre de 20, une société de consommation, avec un fonds, en grande partie emprunté, de 700 fr. (28 liv. st.), et parvinrent, avec beaucoup de difficultés, par leurs forces morales d'honnêteté, de bonne conduite, etc. (ils n'allaient dans aucun cabaret), à augmenter leurs profits jusqu'à fonder une association de production, qui, en prospérant de plus en plus, constitua, en 1852, comme une branche distincte, une société pour l'exploitation d'un moulin, comptant déjà, en 1860, 500 membres avec un capital de 525,000 fr. et 20 p. c. de dividende; en 1858, elle fonda une fabrique de filature et de tissage avec un capital de 138,000 fr., élevé, en 1860, à 1¼ millions, comptant à cette époque 1600 membres; enfin, en 1861, elle fonda une société pour la construction de maisons *(building society)* avec un capital de 2 millions de francs. La société avait, en 1866, 6,246 membres, un fonds de 2,499,725 fr., fit pour 6,228,051 fr. d'affaires, et partagea cette même année 778,275 fr. (V. sur cette année 1866 la *Revue des Deux-Mondes*, août 1867.)

L'association productive ou coopérative, qui est le couronnement de l'œuvre pacifique de reconstruction sociale dans

Depuis 1850, un grand nombre d'autres associations productives se sont formées en Angleterre où il y avait déjà, en 1854, 50 sociétés de ce genre. Il est juste de constater que ces associations (et celle de Rochdale le constate elle-même expressément) sont principalement le fruit de la doctrine socialiste d'Owen (t. I, p. 86), en ce qu'elle avait de réellement praticable. — En France, le mouvement analogue, commençant en 1848, dévia par le faux principe de l'intervention et du secours de l'État. Un fonds de 3 millions fut voté le 5 juillet par l'assemblée constituante, consacré à former, sous la surveillance de l'État, des associations entre ouvriers et entre patrons et ouvriers. La distribution de 2½ millions s'opéra à la hâte, avec peu de discernement, à 57 associations (30 à Paris, 27 dans les départements); mais, déjà vers le milieu de 1850, 18 établissements avaient cessé d'exister, et cela par des raisons bien tristes, ici par l'infidélité d'un gérant qui avait emporté la caisse et les registres de comptabilité, là par des infractions multipliées aux statuts, ici par suite d'un vol réel, là parce que peu de personnes s'étaient partagé les avances du trésor, ici des ouvriers se trouvaient sans gérants, là des gérants sans ouvriers. En 1855, il ne restait que huit sociétés qui avaient modifié les principes. (V. M. Reybaud, dans la *Revue des Deux-Mondes*, 14 avril 1855.) Ces faits qui se sont produits en France sont surtout significatifs en ce qu'ils démontrent à l'évidence que la condition principale dans ce genre d'association est la base morale dont le ciment est toujours altéré par les secours de l'État, qui affaiblissent ou détruisent la responsabilité. Depuis une dizaine d'années, le mouvement sociétaire est aussi en France entré dans d'autres voies et a déjà produit de bons résultats (par exemple, l'association des ouvriers maçons, qui commença, en 1848, avec 16 membres, comptait, en 1858, 200 membres, et avait réalisé un profit de 130,000 fr., dont, après déduction de 30,000 fr. pour la réserve, 60 p. c. furent distribués pour le travail, 40 p. c. pour le capital; beaucoup d'autres associations se sont formées depuis). — En Allemagne, où le mouvement sociétaire s'opère, sous l'impulsion aussi intelligente qu'infatigable de M. Schulze-Delitsch, surtout depuis 1858, et sous la bannière du principe de l'aide de soi-même *(Selbsthülfe)*, à l'exclusion de tout secours matériel de l'État, la progression en nombre et en importance est très-rapide. Déjà en 1862, il y avait en général 2000 associations d'ouvriers, dont la moitié était fondée pour des buts d'instruction *(Bildungsvereine)*, la moitié pour des intérêts économiques, près de 500 comme sociétés de crédit et d'avances, 100 comme sociétés de consommation, 12 pour la production coopérative. En 1865, il y avait 1500 sociétés de crédit, comprenant 350,000 membres, avec un capital propre de 20 millions de francs, outre un capital emprunté de 75 millions, et faisant des affaires pour 350 millions de francs. Le nombre des sociétés et leur capital augmente considérablement, le nombre des associations de production, comme il est naturel, en plus faible proportion. Voir sur le mouvement sociétaire en général: M. Huber (ancien professeur à l'université de Berlin, qui avait quitté sa chaire pour se vouer entièrement à la propagande théorique), *Concordia*, ou articles pour la solution de questions sociales (depuis 1861, cinq cahiers); M. Schulze-Delitsch, *Catéchisme pour les ouvriers allemands* (all.), 1863, ses comptes-rendus annuels, depuis 1859, et le journal *Blätter für Genossenschaftswesen;* en Angleterre, *The national cooperative*

l'ordre économique, est susceptible d'application, non-seulement dans l'ordre industriel, mais aussi dans l'ordre *agricole*. Dans ce domaine l'association est, sous un certain rapport, entourée de plus de difficultés, parce que les liens entre les associés doivent être encore plus intimes, plus continus, comme l'exigent les rapprochements dans un même lieu plus étendu et les soins assidus dans une exploitation agricole; mais, sous un autre rapport, elle présente plus de sûreté et de garanties contre les chances de la spéculation. Ces associations peuvent être établies pour le fermage de grandes propriétés ou, ce qui est le mieux, pour l'exploitation en commun d'une propriété. Le besoin de telles associations se fera plus vivement sentir à mesure que l'émigration des campagnes dans les villes augmentera davantage, et qu'on comprendra la nécessité d'attacher les travailleurs agricoles à l'exploitation du sol, en les intéressant à ses profits. Les résultats de pareilles associations agricoles seraient encore plus heureux pour tout l'ordre social, parce que, dans tous les pays, le nombre des travailleurs agricoles est bien plus grand que celui des ouvriers de l'industrie. C'est par l'association qu'on pourra remédier aux graves inconvénients qui résultent du morcellement du sol et de la petite culture, transformer de plus en plus l'agriculture en un art fondé sur une théorie rationnelle, et combiner même l'exploitation du sol avec une industrie. Des sociétés agricoles ont déjà existé et prospéré dans le passé, de sorte qu'il est permis d'espérer qu'elles renaîtront à l'avenir sous des formes appropriées aux besoins nouveaux [1].

Leader, journal fondé par la *National and industrial provident Society*, et le *Cooperator*, journal paraissant à Manchester depuis 1861; en France, Anatole Lemercier, *Études sur les associations ouvrières*, 1857. Voir aussi: Le Play, *La réforme sociale*, 1864.

[1] M. Dupin aîné a décrit (dans le journal *Le Constitutionnel*) une petite colonie agricole, composée en tout de 36 membres, hommes, femmes et enfants, qui s'est maintenue à travers tous les bouleversements politiques des cinquante dernières années. C'est la communauté des Iault, située près de Saint-Saulge, datant de plus de six siècles et réalisant en petit une combinaison du principe de la communauté avec

En dehors de l'association coopérative, le principe d'association peut encore trouver, dans l'ordre économique, diverses applications pour des buts plus partiels. A ce genre d'associations appartiennent des sociétés de *crédit* et de *prêt*, ou des *banques*, sociétés qui procurent à leurs membres le crédit ou le capital nécessaire; des sociétés pour l'achat en grand des *matières premières*, ou pour l'achat et l'usage commun de certaines machines coûteuses; des sociétés de *consommation*, dans lesquelles les membres actifs étant consommateurs, les bénéfices ne sont pas à distribuer selon le capital, mais selon les achats des sociétaires (comme c'est le juste principe adopté en Angleterre); ces sociétés sont une bonne préparation pour les sociétés coopératives; ensuite les sociétés pour la vente d'objets fabriqués par les sociétaires dans un *magasin* commun; les associations si importantes pour la construction d'*habitations* (déjà très-répandues en Angleterre), enfin une espèce particulière d'association, dans laquelle il est assuré aux ouvriers employés dans une entreprise, outre le salaire fixe, un *tantième* dans les bénéfices

celui de la propriété individuelle. L'exploitation des terres se fait en commun; mais chacun, outre sa part dans la communauté, peut avoir une épargne personnelle, un pécule. Cette espèce de communauté a été très-répandue avant la révolution, parce que les seigneurs, dans l'intérêt d'une exploitation agricole plus grande et mieux entendue, préféraient donner des terres à des associations de ce genre. Sur ces anciennes sociétés agricoles, appelées *Copains*, voir aussi Feuguerais, *L'Association ouvrière, industrielle et agricole*, 1851. — Les associations agricoles, du reste, n'étaient pas seulement connues du droit germanique qui régnait aussi dans une grande partie de la France; elles existent encore aujourd'hui chez les peuples slaves méridionaux. Voir à cet égard l'ouvrage déjà cité: *Die Hauskommunionen der Südslaven* (les communions domestiques des Slaves du Sud). Wien, 1859. — En Angleterre, c'est M. Gurdon qui fonda, 1830, dans le comté de Suffolk, la *société coopérative agricole d'Assington,* de trente ouvriers agricoles, qui a pleinement réussi. Après cette expérience faite, et une autre également heureuse d'un ami, M. Wallesley, dans le comté de Galway, M. Gurdon a publié, dans *The Gardiners' Chronicle and agricultural Gazette*, du 23 mai 1863, un plan détaillé pour ce genre d'association. En Allemagne, ces associations sont recommandées par beaucoup d'auteurs, surtout par M. Huber, qui a fait de toutes ces questions une étude spéciale, dans son écrit: *Das Genossenschaftswesen und die ländlichne Tagelöhner,* 1863.

annuels[1]. Outre ces associations pour des intérêts purement économiques, bien des associations peuvent être fondées par les ouvriers pour des buts d'instruction et de secours mutuel, comme, en Angleterre, les *mechanic institutions* et les *friendly societies*, pour l'assistance mutuelle des veuves, des orphelins, pour l'infirmité, l'inhumation (qui, en 1867, comprenaient près de 3 millions de membres, et distribuaient 75 millions de francs en secours). Mais, quant aux établissements d'instruction et de perfectionnement technique des ouvriers, il est, selon nous, du devoir de l'État de les entretenir à ses frais, pour épargner aux ouvriers un argent qu'ils puissent réserver à la fondation d'autres sociétés économiques.

C'est par rapport aux sociétés économiques qu'on a, surtout en Allemagne, soulevé et vivement discuté la question de savoir si ces sociétés de production doivent être fondées sur le principe de l'aide propre, ou sur l'assistance de l'État[2], que même dans les nombreuses sociétés ouvrières

[1] Cette mesure, pratiquée déjà par M. Owen, avant sa théorie socialiste, dans sa fabrique de New-Lanark, en Écosse, proposée par Babbage dans son *Traité sur les machines et les manufactures*, 1831, et Allemagne par R. de Mohl, dans la première édition de ce Cours, 1838, et dans les derniers temps par beaucoup d'autres, a trouvé maintenans de nombreuses applications avec d'heureux résultats. Nous maintenonn aussi notre ancienne opinion, que la véritable justice exige une participation quelconque des ouvriers aux profits d'une entreprise, et quedans le cas où il n'y a pas fixation volontaire de tantième, l'État peut exiger que, dans des établissements ou sociétés d'une certaine étendue, une part ou une quotité annuelle soit affectée à des caisses de *pension*, de *maladie*, etc., en faveur des employés. Ce que des fabricants aussi intelligents que bienveillants peuvent faire librement, a été prouvé par ceux de Mulhouse (surtout par M. Dollfus), qui ont construit la cité ouvrière consistant en près de mille maisons, dont la plus grande partie est déjà vendue aux ouvriers, et récemment par M. Staub, fondateur de la cité ouvrière à Kuchen, en Wurtemberg. Voir aussi sur ce qu'ont fait des sociétés françaises de chemins de fer (par exemple, celles d'Orléans, de l'Est, du Midi, etc.), un article dans la *Revue des Deux-Mondes*, d867, Le patronage, etc., et sur les *friendly societies*, bien à distinguer les *trades unions* (organisant souvent les *strikes*), ibid., 15 août 1867.

[2] Cette question a partagé les nombreuses sociétés ouvrières en Allemagne en deux camps, dont l'un, le plus nombreux, suit les principes de Schulze-Delitsch, l'autre ceux de Lassalle († 1863), qui, partisan de la doctrine panthéiste confuse de Hegel (t. I, p. 75) sur l'État comme

existant dans toutes les grandes villes d'Allemagne, il s'est opéré une profonde scission, selon qu'elles ont, en plus grand nombre, adopté le premier ou le second principe. Mais cette question, étant au fond générale, et se présentant pour les rapports qu'a l'État, non-seulement avec les associations économiques, mais avec tous les genres de sociétés, sera examinée dans le droit public. Toutefois nous devons rappeler ici au moins le principe général (t. I, p. 45), que l'État, sans être une institution de simple police, et tout en ayant la mission de favoriser le développement de la société pour tous les buts de culture, ne doit pas intervenir par un mode d'assistance qui changerait les lois et les motifs d'action propres à un domaine particulier de culture sociale. Une pareille intervention aurait lieu, si l'État, par des secours matériels, affaiblissait, en déchargeant les associés d'une partie de leur responsabilité, les vertus de prudence et de circonspection, sans lesquelles une affaire industrielle ne peut pas prospérer.

II. Le *droit d'association*, comprenant l'ensemble des conditions dont dépend l'établissement, l'existence et la juste organisation intérieure des sociétés, doit être exposé plus en détail dans le droit de société (v. Droit public). Mais nous avons ici à établir comme principe général, que le droit de

le Dieu présent et partant comme la providence sociale, demandait, pour la Prusse, comme avances à fournir par l'État, pour la fondation de sociétés de production, 375 millions de francs. Tout en reconnaissant le grand talent de dialectique dont cet auteur a fait preuve en combattant les théories du libéralisme abstrait qui condamne l'État au rôle d'un gardien de la sûreté publique, il a montré souvent une grande ignorance dans les matières d'économie politique, comme il a été en même temps injuste envers M. Schulze, qui, en bien des occasions, a indiqué ce que l'État peut faire en faveur de la classe ouvrière, sans intervenir directement par des secours matériels; et il est à regretter qu'une partie des ouvriers en Allemagne soient poussés dans des voies qui ont été, en 1848, si désastreuses en France. Du reste, nous avons déjà assez souvent fait remarquer que le principe d'aide de soi-même, tout en étant la base du système, serait exclusif et insuffisant, si l'ordre social tout entier, et l'État en particulier, ne venaient pas au secours par divers modes d'action, dont il y a à préciser la nature dans le droit public.

fonder une association découle immédiatement du but rationnel qu'elle tend à poursuivre, qu'il doit être, par conséquent, indépendant de l'autorisation préalable d'un pouvoir administratif quelconque; c'est donc une *loi* qui doit fixer les conditions générales sous lesquelles la faculté d'association peut être exercée par tous les membres de l'État. Une telle loi doit également établir les principes généraux d'après lesquels les rapports principaux doivent être établis entre toutes les parties d'une association, entre les directeurs ou administrateurs et les actionnaires par rapport à l'élection, à la gestion des affaires, etc. Comme un nouveau genre tout particulier d'association tend à se constituer dans les sociétés coopératives de production, de nouveaux rapports soulèveront de nouveaux problèmes, que le droit résoudra d'après les principes d'humanité et d'égalité; celle-ci n'exclut pas les inégalités, selon la nature différente des positions, et elle exige aussi le maintien d'une libre concurrence dans le domaine économique. Dans tous les cas, la loi doit favoriser autant que possible l'exercice du droit d'association, parce que l'association est à la fois un important levier moral, combinant l'intérêt individuel avec l'intérêt commun, et éveillant souvent les nobles mobiles d'assistance, de bienveillance, de désintéressement, et parce qu'elle est aussi une des conditions principales d'un progrès pacifique et d'une reconstruction de l'ordre social par des groupes cohérents et associations libres coopératives[1].

[1] En dehors du droit d'association, il y a un droit qui découle des rapports sociaux communs, et que plusieurs auteurs ont appelé le droit de *vérité* ou plutôt de *véracité*. Ce droit existe en effet, mais il doit être bien déterminé. D'abord, il y a à distinguer deux espèces de vérité, l'une concernant en général les *principes*, l'autre les *faits* qui se passent dans la vie. Pour les vérités de principes, il est évident que chacun doit s'adresser aux sources qui lui paraissent les meilleurer. Quant aux faits de la vie sociale, tout homme peut, en effet, prétendes à ce qu'on ne lui communique pas des erreurs qui contrarieraient son activité physique et morale. Quand, par exemple, on indique sciemment un faux chemin, le menteur viole aussi un droit. On peut même supposer ici un contrat tacite; car, en répondant à la demande, on entre

CHAPITRE III.

§ 52.

DU DROIT CONCERNANT L'EXERCICE DES FACULTÉS HUMAINES OU DU DROIT DE TRAVAIL.

I. *Du travail en général.* Le travail dans le sens propre du mot est toute activité de l'homme exercée pour la production d'un bien. C'est par ce but éthique que le travail se distingue, et de tous les efforts tendant au mal, à la rapine, à la destruction, et du jeu qui, par le hasard qu'il provoque pour en profiter, veut se mettre à la place du travail. Toute la vie humaine doit être une vie de travail pour la production de tous les biens matériels, intellectuels et moraux, et tout homme doit appartenir, comme travailleur, à un ordre de travail et de culture. La loi morale réprouve un état social dans lequel il y ait une classe d'hommes qui ne connaissent d'autre but que de jouir seulement des biens que d'autres ont produit, et le perfectionnement social doit tendre, par l'amélioration de l'instruction, des mœurs et la force de l'opinion publique, à faire disparaître de plus en plus un état qui rappelle encore trop la position que les maîtres occupaient dans l'antiquité par l'exploitation du travail des esclaves. Depuis le christianisme, la culture de plus en plus complète de tout ce qui

dans un lien social qui constitue une convention. Chacun est libre en droit de ne pas répondre; mais, *s'il répond*, il est responsable pour sa part des effets de la parole; le mensonge rentre ainsi dans la responsabilité générale qui nous incombe au sujet des conséquences de nos actes que nous avons pu prévoir. Le mensonge, quand il n'a pas d'effets visibles, reste seulement un acte immoral; il n'appartient au domaine du droit qu'en produisant des effets extérieurs qui portent préjudice à autrui.

est divin et humain est le but proposé au travail de tout homme. Le travail est une condition du perfectionnement de l'individu et de la vie sociale. Par le travail, l'homme devient créateur dans le monde, et atteste sa ressemblance avec Dieu; c'est au travail, à l'activité rationnelle, que la nature révèle ses lois, ses forces, ses richesses: c'est par le travail, par l'exercice de ses facultés, que l'esprit pénètre de plus en plus dans le domaine de la vérité, qu'il se fortifie dans le bien, dans la justice, dans la moralité, et qu'il jouit réellement du bonheur; car la félicité n'est que le sentiment du bien réalisé par notre activité dans la vie. Le travail, comme tout autre chose, est au commencement difficile et pénible, et il y a éducation pour les individus comme pour les peuples, par laquelle ils doivent être habitués aux travail; mais il est une cause du progrès, de l'élévation de l'homme, de l'agrandissement incessant de son pouvoir dans l'ordre spirituel et physique; et plus l'homme avance dans la culture, plus le travail devient aisé dans toutes ses applications. Rien n'égale la joie intime de celui qui voit s'achever par ses efforts une œuvre entreprise avec amour et poursuivie avec constance; et si le travail est déjà accompagné de contentement dans la production matérielle, il peut s'exécuter comme par inspiration, avec une ardeur enthousiaste, dans les domaines supérieurs de la science et de l'art. Enfin le travail apparaît comme une loi vraiment sainte, quand on reconnaît, dans la nature comme dans l'esprit, dans tous les ordres de travail et de culture, la présence divine, et qu'on est pénétré de ce sentiment religieux que toutes les œuvres de l'homme sont une glorification de Dieu dans le monde. C'est ce sentiment qui donne l'impulsion suprême au travail et qui explique l'attraction qu'il exerce sur nous, soit dans la nature, soit dans l'ordre spirituel, selon les dispositions ou les vocations qui se manifestent parmi les hommes. *Laborare* et *orare* se trouvent dans un rapport intime; et c'est un fait digne d'être remarqué, que les progrès les plus importants ont été réalisés au

moyen de découvertes et de doctrines dues à des hommes profondément religieux, Pythagore, Aristote, Copernic, Kepler, Descartes, Newton, Leibniz, etc.

Conformément à la double nature de l'homme, le travail est, d'une manière prédominante, ou matériel, ou spirituel. Ces deux genres principaux d'activité sont toujours plus ou moins unis, et le mieux serait qu'un changement régulier de travail s'opérât comme une condition à la fois de santé, de force et de délassement. Dans tous les cas, le travail doit être organisé de manière à laisser au travailleur un *loisir* (p. 27) nécessaire pour sa culture intellectuelle et morale.

Quant aux biens qui sont produits par les deux genres de travaux, il importe de constater que le travail matériel produit directement les biens par lesquels l'homme peut satisfaire ses besoins physiques et former un fonds de propriété matérielle, tandis que le travail dans l'ordre spirituel, moral, religieux, politique, ne poursuit qu'indirectement ce but d'acquisition, et doit, par conséquent, ou être rétribué immédiatement par l'État, en tant que ce travail est d'un intérêt général de culture et la condition générale fondamentale de tout travail matériel, ou être protégé de manière que ses produits, au fond immatériels, puissent devenir un moyen d'acquérir une propriété.

Le travail dans l'ordre *physique* tend, par le progrès incessant des sciences naturelles et des arts mécaniques, vers une grande transformation. L'homme devient, par la science, le maître des forces de la nature: il leur fait accomplir les plus rudes travaux qu'il devait autrefois s'imposer à lui-même, et il est permis de prévoir un temps où l'homme ne sera plus que le directeur intelligent des machines, dans toutes les fonctions pénibles. Les machines seront alors les esclaves modernes; et si, dans l'antiquité, les hommes libres abandonnaient aux esclaves les travaux matériels pour s'occuper des sciences, des arts et des affaires publiques, on peut espérer qu'un jour tous les hommes trouveront dans la société,

par suite des progrès mécaniques, assez de loisir pour cultiver les facultés principales de leur nature. Mais, pour que cet avenir se réalise, il faut parer par une combinaison rationnelle à un grave danger, qui résulte du mode actuel du travail: les machines tendent en quelque sorte, par la grande division du travail mécanique, à s'assimiler l'ouvrier, à faire de l'homme même une machine, au lieu d'être les esclaves de l'homme. Si cet état de choses se maintenait, la société moderne substituerait un servage nouveau au servage féodal. De même que les anciens seigneurs possédaient des attachés à la glèbe, la féodalité industrielle exploiterait des attachés à la machine. Pour modifier cette situation et maintenir intact le respect dû à la nature humaine, il faut que cette situation soit changée, d'un côté, par un plus grand loisir laissé à l'ouvrier pour sa culture spirituelle, et, d'un autre côté, autant que possible, par une combinaison du travail industriel avec un travail agricole, ne fût-ce que dans le petit jardin que l'ouvrier aurait près de sa maison dans les cités ouvrières qu'on a commencé à fonder (p. 89, note).

L'*histoire* du travail est intimement liée à l'histoire du développement de la personnalité humaine et de ses rapports avec Dieu et avec l'ordre social. Dans toute l'antiquité, le travail manuel était méprisé. Dans l'Inde, la caste des travailleurs dans l'industrie et le commerce a été considérée comme étant sortie d'une partie inférieure du corps de Brahma (t. I, p. 297); dans l'antiquité, le travail manuel industriel a été traité comme indigne de l'homme libre. C'est le christianisme qui, en relevant l'homme à Dieu dans toute sa personnalité et dans sa causalité active, en pénétrant l'homme entier d'un principe divin, a sanctifié, relevé, ennobli tout travail.

II. Le *droit du travail*, qu'il ne faut pas confondre avec le droit au travail, comprend en général l'ensemble des conditions nécessaires à l'existence et à l'organisation du travail. Ce droit doit être envisagé au double point de vue de l'*individu* et de la *société*.

1° Tout homme a le droit du travail, parce que le travail, comme nous l'avons vu, est le seul mode de développement et de perfectionnement de la nature humaine. Le droit du travail se présente sous une double face. L'homme peut d'abord prétendre à trouver dans la société les moyens nécessaires pour acquérir l'*aptitude* au travail. Il faut donc qu'il y ait, outre l'instruction générale, des *écoles* professionnelles, dans lesquelles les capacités spéciales soient développées et exercées. Ensuite tout homme peut prétendre à trouver dans la société les *objets*, ou, comme on dit ordinairement, les moyens du travail. En réalité, il n'y a pas dans la société défaut d'objets ou de moyens de travail, parce que le champ d'action et de perfectionnement dans les sciences et les arts, dans l'industrie mécanique et agricole, est infini. Le manque de travail ne peut se faire sentir que dans une organisation encore imparfaite de la société, par suite des crises commerciales et financières, qui généralement sont elles-mêmes le résultat d'un manque de prudence et de prévoyance et du système vicieux du crédit. Dans ces cas, l'État doit venir au secours des travailleurs, moins par l'aumône, qui sera rarement suffisante, qu'en faisant exécuter lui-même un plus grand nombre de travaux publics d'un *intérêt général.*

2° Envisagé au point de vue de la société, le droit concernant le travail comprend l'ensemble des mesures qui peuvent être prises par l'État, pour établir de justes rapports entre les parties qui concourent au travail, pour assurer, autant que possible, la bonté des produits et pour prévenir les crises industrielles. C'est ainsi que l'État doit établir une *organisation judiciaire et disciplinaire* pour les diverses professions dans l'ordre industriel, par l'institution de syndics, de prud'hommes, par la *fixation des heures de travail* pour les mineurs et les adultes; il doit instituer des *chambres d'industrie, de commerce* et *d'agriculture,* comme organes représentatifs de ces domaines; il doit veiller à la *salubrité*

des fabriques, prendre des mesures pour empêcher les détériorations frauduleuses des marchandises, faire dresser et publier périodiquement une *statistique* exacte des travailleurs et des produits du travail dans chaque branche de l'industrie; faciliter de cette manière une meilleure *répartition libre* des travailleurs et maintenir l'équilibre entre la production et la consommation; enfin l'État peut faire exécuter à son compte les travaux qui sont d'un *intérêt général.*

C'est à ce genre de mesures que se bornent le droit et l'obligation de l'État par rapport au travail. Il n'y a donc pas pour l'individu un *droit au travail vis-à-vis de l'État*, en ce sens que l'État devrait fournir à tout homme les objets de travail. Il est hors de la mission et du pouvoir de l'État d'organiser le travail, si l'on entend par là qu'il doit entreprendre et diriger lui-même tous les travaux, transformer les ateliers privés en ateliers nationaux. Une pareille administration du travail social conduirait à un despotisme universel, arrêterait tout progrès, en comprimant la spontanéité et la liberté, produirait l'indolence et la démoralisation, et finirait par rendre le peuple aussi abruti que les jésuites l'avaient fait au Paraguay.

L'inverse du travail est le *jeu.* Il y a un jeu qui occupe une place légitime dans la vie de l'homme, c'est celui qui consiste, après la tension de notre activité bien réglée et dirigée vers la production d'un bien, dans le laisser-aller des facultés, surtout de l'imagination, non pour la production, mais pour la jouissance, pour l'agrément, dont le hasard ou l'imprévu peut devenir un élément. Mais le jeu est pernicieux et démoralisant, quand on le met à la place du travail, en spéculant sur les hasards, les chances, les événements incertains, où qu'on provoque même le hasard, en attachant, en déterminant à l'arrivée ou à la non-arrivée accidentelle de certains faits une perte pour l'un et un gain pour l'autre. Comme dans les proverbes de plusieurs peuples modernes, le travail est ramené à Dieu, le jeu est rapporté au dernier principe du mal. Il est

en effet la source de bien des maux, du déréglement, du libertinage, de la ruse, de la fraude, etc., résultats plus ou moins directs du manque de l'esprit du travail. Par cette raison, les lois prohibent tous les jeux de ce genre, comminent des peines ou du moins ne donnent pas au gagnant une action contre celui qui a perdu au jeu, même quand, d'après la maxime, *in communi turpitudine melior est conditio possidentis,* elles ne donnent pas à celui qui a payé ce qu'il a perdu au jeu, une action en restitution. De leur côté, les gouvernements ont le devoir de ne pas nourrir la passion du jeu par les loteries, et de n'y pas chercher une source de revenus.

III. Le travail n'est pas seulement une mission pour les individus, mais aussi pour les nations.

Nous avons déjà constaté les lois d'après lesquelles s'accomplit le travail général de culture de toutes les nations (t. I, § 38). Nous avons vu que l'antiquité, dominée par le polythéisme, dans lequel l'unité de Dieu est brisée dans la variété de ses propriétés et manifestations, conçues comme des divinités distinctes, présente aussi chez les divers peuples une culture brisée, fragmentaire, et que même le peuple grec, dans lequel se concentrent, comme dans un foyer brillant, tous les éléments principaux de culture, succombe au principe dissolvant et démoralisant du polythéisme.

Depuis le monothéisme chrétien, qui fait aussi entrer dans son sein tous les bons éléments de culture de l'antiquité, et surtout la philosophie et les arts, les peuples chrétiens ont reçu un capital spirituel qu'ils peuvent faire fructifier par leur travail dans la culture de tout ce qui est divin et humain. Les nations modernes sont appelées à constituer dans leur vie une *harmonie de culture.* Cette époque de maturité est encore plus ou moins éloignée; partout nous voyons encore les nations poursuivant, d'une manière trop prédominante, l'une ou l'autre direction de la culture; mais l'intelligence s'ouvre de plus en plus à cette vérité, que chaque ordre ou branche de culture, pour arriver à une certaine perfection, présuppose

le développement de toutes les autres branches. Cependant, il est une vérité dont il importe surtout de se pénétrer, c'est que la culture *politique*, comme culture formelle, ne peut avoir des assises durables, de fortes racines, que dans un large fonds substantiel de la culture intellectuelle, morale et économique.

CHAPITRE IV.

---

§ 53.

DU DROIT DE LÉGITIME DÉFENSE.

C'est à l'État de prévenir et de redresser l'injustice. Cependant il se présente des cas où l'individu, en danger de vie immédiat par une injuste attaque, ne peut pas attendre le secours et l'action de l'État, et où il doit prendre lui-même les mesures de salut. C'est à ces circonstances que se rapporte le droit de défense. Nous avons d'abord à examiner s'il y a un *droit naturel de défense*, et ensuite si ce droit est illimité, s'il peut justifier, par exemple, un meurtre commis avec intention, dans des cas extrêmes où notre propre vie est en péril.

Nous entendons, par droit de défense, *le droit de se servir de moyens de force physique, dans les cas où il n'est pas possible de recourir aux lois, pour protéger sa vie, sa santé, sa chasteté, sa propriété ou son honneur (quand l'honneur est menacé par des injures d'actes physiques).* Ce droit est incontestable pour chacun; mais il faut aussi l'admettre dans les cas analogues où on veut secourir, non seulement des parents, mais en général d'autres personnes.

Mais pour que la défense soit légitime, elle exige plusieurs conditions.

1° Il faut que l'attaque soit *injuste*. Elle est injuste quand elle n'est pas commandée par un jugement qui ordonne prise de corps, ou exécutée *selon la loi* par un agent de l'autorité publique. Toutes les autres agressions peuvent être repoussées par la force.

2° Il faut, pour que la défense soit légitime, qu'on ne puisse pas s'en abstenir sans courir un *danger continu* pour sa vie ou sa santé. Quand on a la certitude que l'attaque a cessé, ou lorsqu'on peut se soustraire d'une manière sûre à la répétition des insultes brutales, on n'a pas le droit d'user de représailles. Quand un homme, par exemple, par colère ou par tout autre motif, en frappe un autre, mais cesse aussitôt que le coup a été porté, il faut, au lieu de riposter, faire réparer l'insulte par l'autorité judiciaire. Le véritable honneur n'en souffrirait en aucune manière. Car il est plus déshonorant de commettre ces violences, dans lesquelles on abdique la dignité humaine, que de les subir. L'emploi de la force matérielle dans ces cas est toujours indigne de l'homme. Ce n'est que dans le cas d'attaque *continue* qu'il peut être une nécessité. Les lois actuelles, sous ce rapport, ne condamnent pas toujours ce que la vraie justice ne saurait autoriser.

3° Pour que la défense soit légitime, il faut qu'elle soit *proportionnée* à l'attaque, c'est-à-dire qu'on ne se serve pas de moyens plus forts qu'il n'est nécessaire pour faire cesser l'agression. Cette règle est très-simple, mais dans la pratique il est bien difficile de mesurer l'étendue des moyens qu'on doit opposer à l'attaque, et encore plus difficile pour le juge de décider si la défense, dans un cas particulier, s'est tenue dans de justes limites. C'est à cause de cette difficulté que les législations ont dû laisser à l'attaqué une très-grande latitude dans l'emploi des moyens de préservation contre une agression injuste et continue, et ont abandonné à la *conscience* de chacun le soin de fixer les bornes de la défense. En effet,

l'étendue des moyens est souvent une question de conscience, et par conséquent de *morale*, plutôt qu'une question de droit et de législation. C'est à la conscience morale du jury de juger si l'attaque s'est renfermée dans de justes limites.

Mais le droit de défense est-il *illimité*, de manière qu'il puisse aller, dans les cas extrêmes, jusqu'à la mort de l'agresseur?

Il faut distinguer si la mort de l'agresseur est causée sciemment ou non. Car il se peut que l'on tue son adversaire sans avoir eu l'intention de le faire. C'est un malheur qui a son excuse dans la nécessité de la défense. Mais une autre question est de savoir si l'on peut tuer l'agresseur sciemment, avec intention, dans le cas où notre propre vie est fortement menacée.

En général, ni la morale ni le droit ne peuvent justifier un meurtre volontaire. La morale ne reconnaît à aucun homme le droit de tuer avec intention son semblable, dans quelque circonstance que ce soit, parce qu'elle prescrit de faire le bien et défend de rendre le mal pour le mal. Elle commande en outre de ne pas considérer, avant tout, dans ses actes, sa propre personnalité, mais de faire ce qui est conforme à l'ordre moral.

Quant à la question de savoir si la *législation* doit *punir* l'exercice de la défense propre qui a été poussée jusqu'à causer la mort de l'agresseur, la réponse est *négative;* car, d'un côté, il est difficile de constater jusqu'à quel point le défenseur a transgressé les limites de la défense, et, de l'autre, cette transgression n'est justiciable que de la morale. Les deux parties, l'agresseur et l'attaqué, sont condamnées également par la morale, quoique à des degrés différents.

Il faut donc attendre la disparition de ces actes d'agression et de défense violentes, du progrès de la raison et des sentiments moraux. La loi doit seulement intervenir pour constater que la défense a été exercée dans les cas extrêmes

où une personne, en défendant les biens indiqués, était véritablement en péril; et à mesure que les législations, dans la partie pénale, montreront elles-mêmes plus de respect pour la personnalité humaine, elle sera aussi moins violée par les particuliers [1].

La question du droit de légitime défense se présente également dans le droit public comme question de la *légitimité des révolutions*.

Les peuples ont, comme les individus, le droit de défendre leur personnalité et leur liberté. Mais aller jusqu'à une révolution, introduire un changement politique par la force des armes, ce n'est pas un droit, dans la vraie acception du mot. D'abord l'exercice d'un droit ne produit pas un mal, tandis qu'une révolution, en elle-même, est toujours un mal, inévitable peut-être, et aussi nécessaire que la guerre dans l'état actuel de la civilisation, mais que la raison commande de rendre aussi rare que possible. Le vrai principe du droit demande que la *forme* sous laquelle il existe

[1] Nous rappelons ici ce qui a été exposé plus haut (§ 46, p. 28), que le droit de légitime défense, en cas d'attaque, ne doit pas être confondu avec ce qu'on appelle le droit d'*extrême nécessité (Nothrecht)*, état qui ne constitue pas un véritable droit, mais motive seulement l'allégement ou la non-application de la peine. Nous avons également établi la limite par le principe que l'homme, pour sauver sa vie, un bien irréparable, peut être excusé de porter atteinte à la propriété d'un autre, mais non pas à une vie qui est aussi sacrée que la sienne. D'après ce principe se décide la question qu'on a souvent posée dans le droit naturel, celle de savoir si un homme qui n'a que le choix entre le sacrifice de sa vie et le sacrifice de la vie d'autrui, a le droit, à l'effet de se conserver lui-même, de causer la mort de son semblable, quoique celui-ci n'ait fait aucun attentat contre sa personne. On suppose un naufrage: deux individus s'emparent d'une planche, qui ne peut en porter qu'un seul, en sorte que tous deux doivent périr, si l'un ne pousse pas l'autre dans la mer ou ne s'y jette volontairement. La solution de cette question n'est pas douteuse. Personne n'a le droit de sacrifier la vie d'un autre pour conserver la sienne. Ce principe ne souffre pas d'exception. Il y a des collisions inévitables dans la vie des êtres finis, qui peuvent produire de grands malheurs; mais les malheurs doivent être préférés par un homme moral à des actes qui seraient des crimes. Le droit, dans ce cas, ne punit pas non plus par la même raison qui a été exposée, mais la conscience morale n'absoudra pas un tel acte.

dans la société, comme *loi*, soit respectée de toutes parts, de la part des gouvernés comme de celle des gouvernants, et que toute réforme soit exécutée dans la forme légale. Le droit ne peut pas se départir de ce principe, et doit déclarer injuste toute action qui s'écarte du respect dû à la loi. Sans doute, la forme ou la loi est souvent en désaccord avec le fond du droit; les institutions établies arrêtent parfois le progrès social, au lieu de le favoriser. Ce désaccord entre le droit formel et le droit idéal (t. I, p. 175), entre les lois et l'état plus avancé de culture d'un peuple est un mal; car si un tel état peut être maintenu quelque temps par la force extérieure, à la fin il conduit à une rupture de la forme, à une crise politique, soit révolution, soit coup d'État. Cette crise peut faire rentrer la société dans un état plus approprié à ses besoins, à ses conditions d'existence et de progrès; mais c'est toujours un malheur, provenant d'un vice organique qui s'est emparé de la société et qui, une fois qu'il s'est manifesté violemment à l'extérieur, prédispose la société au retour de ce mal. Ces états critiques et maladifs se déclarent généralement par une explosion soudaine, souvent à une légère occasion; ils ne se laissent pas déterminer ni provoquer d'après un principe, ce qui prouverait déjà qu'ils ne constituent pas un droit, mais qu'ils sont un fait anomal; car tout droit peut être précisé. La révolution n'est pas plus un droit pour la société, que la maladie n'est un droit pour l'individu. La saine intelligence du droit doit tendre à prévenir ces crises, et à les faire rentrer dans le développement régulier, quand elles se sont produites. La théorie ne doit cesser de proclamer, pour les gouvernements comme pour les peuples, la nécessité de l'accord entre l'idée du droit ou l'état réel de culture et le droit formel, parce que c'est là que se trouve la vraie condition du bien et du progrès de la société. C'est donc une grande aberration que de revendiquer comme un honneur le titre de révolutionnaire: c'est affaiblir le respect dû au lois, au droit et à la morale, sans lesquels la société ne peut subsister.

Les causes principales d'une révolution résident, comme nous l'avons dit, dans le désaccord qui s'est formé entre toute la vie d'un peuple avancé dans la culture et un gouvernement resté stationnaire, inerte, aveugle, ou même dans l'abaissement moral des classes gouvernantes. Il y a ensuite une cause qui réside essentiellement dans une fausse centralisation de tous les pouvoirs, par lesquels tout le suc et le sang d'une nation est en quelque sorte dirigé vers la tête, et amène à la fin une apoplexie révolutionnaire. La toute-puissance du pouvoir central produit l'impuissance des individus qui, par la révolution, tendent comme masse à rétablir leur puissance. C'est ainsi que le cercle fatal des révolutions dans lequel la France est entré par sa centralisation, investissant aussitôt du pouvoir celui qui sait s'emparer du levier de la machine gouvernementale, ne sera brisé que par une décentralisation qui rendra à tous les membres une juste autonomie.

Après avoir exposé les principes du *droit personnel* ou les droits se rapportant aux biens qui résident dans la personnalité de l'homme, nous avons à traiter, dans une seconde section, du *droit réel* se rapportant aux biens qui sont constitués par les objets et les rapports physiques.

DEUXIÈME SECTION.

DU DROIT RÉEL OU DU DROIT DE L'HOMME SUR LES BIENS MATÉRIELS, ET SPÉCIALEMENT DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

INTRODUCTION.

---

§ 54.

DES BIENS EN GÉNÉRAL ET DU MODE DE LEUR APPROPRIATION.

Tous les êtres doués d'une âme poursuivent, d'une manière instinctive ou réfléchie, le but qui est conforme à leur nature. La progression qui existe dans la création des êtres se remarque également dans les buts auxquels ils sont destinés. L'homme, l'être le plus élevé, dans lequel se concentrent toutes les perfections distribuées aux divers genres de créatures, remplit aussi une mission d'union et d'harmonisation dans tous les ordres de l'univers. Si la vie des êtres animés peut être représentée par une succession de sphères de plus en plus vastes, celle de l'homme enlace et domine toutes les autres. Mais dans cet enchaînement universel de la vie de tous les êtres, il est une loi qui veut que tous, étant bornés et dépendants, s'approprient du milieu où ils vivent les moyens nécessaires pour l'accomplissement du but de leur existence. L'homme qui poursuit le but le plus étendu

possède aussi la plus vaste faculté d'appropriation et d'assimilation. Mais le but harmonique de l'homme ne doit pas être destructif du but relatif des autres créatures: l'homme a le droit de subordonner à son but tout ce qui est une condition nécessaire pour l'accomplir; seulement partout où son but peut coexister avec celui des êtres inférieurs, il est de son devoir de le respecter, et même d'en favoriser la réalisation [1].

Le globe, dans l'ensemble des forces et des choses qui peuvent être utilisées pour les besoins de l'homme, est, pour le genre humain, le bien commun. Sur le fonds de ce bien commun s'opère l'appropriation de diverses manières et à divers degrés, d'après les degrés naturels de l'organisme de l'humanité. Ces degrés sont les individus, les familles avec la gent, les tribus, les peuples, les races et l'humanité comme l'unité et la communauté organique de tous les membres. L'appropriation des biens du globe, de la terre et de l'eau s'opère successivement et simultanément, d'après ces divers degrés de la sociabilité humaine et conformément à la configuration du globe. Celui-ci est distribué d'après une loi d'organisation encore sujette à la controverse, en trois grandes masses, d'abord le vieux et le nouveau

[1] Plusieurs philosophes ont prétendu que l'homme n'avait pas le droit de tuer les animaux. Il est difficile, en effet, de prouver ce droit; il paraît cependant que c'est, pour l'homme, une nécessité de son organisation. La nature même a doué l'homme de certains organes assimilateurs qui seraient à peu près inutiles, s'il ne se nourrissait pas de chair. Quelques religions, il est vrai, ont défendu de tuer les animaux et de s'en nourrir. Cette défense a été observée par des peuples, ou du moins par certaines classes, sans péril pour la santé. Mais il faut considérer que ces peuples vivent sous l'influence d'un climat fort chaud, qui exige une nourriture plutôt végétale qu'animale; en outre, l'habitude contraire chez d'autres peuples est devenue pour eux une nécessité physique dont ils auraient peine à se défaire. Mais tant que l'existence des animaux se laisse concilier avec celle de l'homme, ils ont droit à un traitement conforme à leur nature, c'est-à-dire approprié à des êtres doués de sensibilité, susceptibles de plaisir et de peine. Par cette raison, les lois d'un peuple civilisé doivent punir le traitement cruel des animaux, défendre des jeux atroces apparaissant sous la forme de combats d'animaux, de taureaux, de coqs, etc.

continent formant, avec leurs divisions, sous plusieurs rapports, une antithèse, et ensuite le continent constitué par l'Australie et les îles, autre formation qui paraît être, par toute sa configuration, un intermédiaire entre deux autres continents[1]. Les mers et les grands fleuves qui se projettent de chaque continent dans une mer sont les voies de communication pour les peuples, et doivent par conséquent rester le bien commun de tous. Les continents eux-mêmes ont des limites naturelles, non dans les fleuves, mais dans la formation des montagnes, qui en sont les sources et qui sont aussi pour les peuples la ligne de séparation la plus durable. Cependant, ces limites de l'ordre physique ne sont pas nécessairement les limites d'un État national. Comme l'esprit domine la matière *(mens agitat molem)*, l'esprit et le sentiment d'une même nationalité ne transporte pas, mais peut dépasser des montagnes.

Dans le procédé d'appropriation du globe par les peuples, les principes suivants sont d'une grande importance.

D'abord, l'humanité étant un organisme physique et moral, il faut que la propriété soit régie par un *principe organique* d'après lequel la propriété d'un membre inférieur, de l'individu, de la famille, de la commune, d'une corporation, etc., soit toujours soumise à des restrictions et à des impositions qui maintiennent les obligations que toutes les parties, et surtout les parties inférieures, ont à remplir vis-à-vis des parties supérieures dans un tout organique. Comme il y a une chaîne morale qui lie toutes les sphères de la sociabilité humaine, et qui est la même « chaine souple », selon l'expression de J. de Maistre, qui retient tous les hommes sous l'action supérieure de la Providence, il y a aussi un lien de droit qui traverse tous les degrés de la propriété, trace à tous des obligations, et

[1] La théorie de la configuration du globe, qui nous paraît être le mieux en rapport avec les faits de l'expérience, a été exposée par Krause dans la Philosophie de l'histoire (*Geist der Geschichte der Menschheit*, 1843).

aboutit aussi à la Providence qui a attaché à tous les biens matériels des devoirs moraux. L'époque féodale offre un exemple historique d'une constitution sociale organique de la propriété, vicieuse en ce qu'elle fit des biens le point de départ pour organiser une hiérarchie seigneuriale de soumission des personnes, mais apte à faire comprendre comment des propriétés peuvent être ordonnées par divers degrés de liens. Sans doute, il est contraire au droit de personnalité de soumettre des personnes à d'autres personnes à cause des biens, et d'en faire en quelque sorte des dépendances; toutefois les biens doivent être ordonnés juridiquement, de manière que le *droit* et l'*intérêt propre* de chaque sphère sociale soit *combiné* avec le *droit* et l'*intérêt* des *communautés* supérieures, d'après des principes fixés par la loi, selon l'état de culture d'une nation. Cette conception organique de la propriété repousse à la fois le *communisme*, qui détruit la personnalité, (dont il fait théoriquement un accident de la matière ou d'une âme du monde, t. I, p. 230), et la doctrine atomistique et *individualiste* de la propriété, qui considère toutes les obligations comme des entraves qu'il importe de réduire autant que possible. Et ce qui est vrai d'une nation s'applique aussi aux rapports internationaux. Aucune nation n'a un droit exclusif aux biens de son territoire. La Providence veut que toutes les nations jouissent en libre communication et par libre échange des biens particuliers à chaque contrée, et les peuples civilisés ont le droit de contraindre à un commerce international ceux qui s'y refusent.

Il est ensuite une loi du progrès social, d'après laquelle la *somme des biens publics et communs* va toujours croissant, à mesure que les hommes et les peuples avancent dans la culture humaine. De même que le capital spirituel et moral le plus important augmente et se perfectionne sans cesse, se transmet toujours, agrandi, de génération en génération, de même les biens matériels ou représentés dans un

élément matériel, offerts à l'usage commun au sein d'une nation, comme chemins publics, promenades, bibliothèques, musées d'art et d'industrie, institutions de bienfaisance, de secours, etc., se multiplient sans cesse, et seront encore augmentés à l'avenir, quand les États appliqueront un jour, comme secours à la production, une partie au moins des sommes qui sont aujourd'hui dissipées en moyens de destruction.

La *source* des biens matériels réside ou dans l'action des forces de la *nature*, ou dans le *travail*, ou dans le *capital* considéré comme la somme des biens épargnés destinés à être employés dans la production. Les trois écoles, des *mercantilistes* (capital), des *physiocrates* (nature) et celle de l'*industrie* (travail), ont chacune exagéré un de ces principes. Tandis que les physiocrates déclaraient «la terre unique source de richesses», en traitant le travail comme un agent secondaire, Adam Smith voyait avec raison dans le travail le facteur prépondérant; mais son école est arrivée, dans les temps modernes, à éliminer, au moins quant à la valeur d'échange, la force productive de la nature, en prétendant que le travail est le seul agent de production de tout ce qui a une valeur d'échange, le capital n'étant aussi qu'un *travail* épargné ou accumulé. Mais la question de la valeur (comme celle de la rétribution) est distincte de la question des trois sources de production, qui, tout en se réunissant généralement dans la production d'un objet, doivent être distinguées et appréciées dans leur caractère propre. Or, la nature ne fournit pas seulement la matière brute pour la production, mais aussi des objets formés, des fruits que l'homme s'approprie sans autre condition qu'un travail souvent facile. De même le capital matériel est un travail concentré, solidifié en quelque sorte dans un objet (dans des fonds de terre comme améliorations, ou dans d'autres objets ou dans des capitaux d'argent).

La *valeur* ou le degré d'utilité appréciée d'un objet a pour base l'*usage* qu'on en peut faire pour satisfaire

un besoin. Dans l'économie politique on n'a généralement en vue que la valeur d'échange ou le rapport mesuré entre plusieurs *biens* dans les relations sociales, mais cette valeur ne présente que les modifications plus ou moins grandes que ce rapport subit par les changements incessants produits par la mode dans la manière de satisfaire un besoin, par l'abondance ou la rareté de l'objet, par la proportion entre l'offre et la demande. Quand on réduit la valeur d'échange au travail employé pour la production ou (comme Carey) pour la reproduction, ou qu'on la considére comme «un rapport de deux *services* échangés» (Bastiat), on commet la faute grave, mais si ordinaire dans les sciences pratiques, de n'avoir en vue que l'*individu*, et de ne pas tenir un compte suffisant des rapports *sociaux*, qui engendrent de nombreuses modifications et combinaisons, ou, comme on dit dans le commerce, des conjonctures modifiant essentiellement la valeur d'échange. Non seulement des événements extraordinaires, comme la guerre et la conclusion de la paix, font baisser ou hausser des valeurs, mais la confiance qui renaît dans un gouvernement, le changement des goûts, l'industrie qui se développe dans une ville, une nouvelle route ou rue, qui font augmenter rapidement la population et hausser le prix des terrains et des maisons, enfin beaucoup de circonstances sociales de ce genre changent constamment les valeurs d'échange et la proportion entre elles. Il en est de même du mode d'action des forces de la nature, qui déjà dans la diversité des récoltes font naître des proportions différentes de valeur; et enfin l'homme n'est pas seulement une causalité productive, mais aussi un être doué de sentiments, d'affections qui lui font attacher des valeurs (prix d'affection) à des choses (lettres, vieux manuscrits, etc.) indépendantes du travail de production ou de reproduction souvent impossible.

La mesure générale ou l'unité de mesure de toutes les valeurs d'échange est l'*argent*, qui, dans les métaux précieux de l'or et de l'argent, a lui-même une valeur générale

d'échange. L'échange immédiat d'un objet de valeur contre un autre, forme un état inférieur, en quelque sorte individualiste ou particulier, du commerce, tandis que l'échange au moyen de l'argent combine sans cesse les deux fonctions d'individualisation et de généralisation, un objet individuel étant échangé contre une valeur d'un caractère général et social, dont la fonction finale consiste cependant à être échangé contre un bien dont on a immédiatement besoin; c'est en quelque sorte le système représentatif appliqué au domaine des biens, où le bien représentatif, l'argent, exprimant, quant à la valeur, l'opinion sociale, a toujours besoin de se retremper dans le mouvement réel.

La *distribution* des bénéfices résultant des trois agents principaux de la production, de la nature, du travail et du capital (y compris le talent de l'entrepreneur, qui combine généralement ces éléments, selon la situation économique), s'opère différemment, selon les divers états et degrés de culture des peuples. Cependant il est une loi attestant le progrès de la puissance du travail, de la causalité humaine, et sur la nature et sur la simple accumulation dans le capital, loi qui paraît déjà amener à elle seule une part plus grande du bénéfice du travail sur les bénéfices des fonds de terre, du capital. Mais quand on soulève la question de savoir de quelle manière la distribution des bénéfices devrait s'opérer entre les divers agents de production, pour être conforme à la *justice*, il importe surtout dans cette grave matière de maintenir la distinction entre l'idée et l'idéal de la justice d'un côté, et les formes historiques et positives de l'autre côté, dans lesquelles l'idée ou l'idéal est progressivement réalisé. Tout droit, ainsi que tous les changements dans le domaine du droit, comme nous l'avons vu (t. I, p. 176), doit être réalisé dans les formes du droit (les mœurs, les lois), et, par conséquent, le droit qui règle actuellement les rapports économiques ne peut être changé successivement que par les mœurs et par la culture sociale. Mais quand on cherche les principes généraux de justice, dont il

faut poursuivre l'application successive, on peut d'abord établir comme premier principe, que tout ce qui est donné gratuitement par la nature doit être effacé de plus en plus comme partie prenante aux bénéfices de la production. On pourrait demander pourquoi le même principe ne s'appliquerait pas à ces dons spirituels dont la Providence paraît avoir si diversement doué les hommes dans le génie, le talent, les capacités diverses, agents si importants dans tout travail matériel. Mais il y a impossibilité de distinguer ce qui est réellement dû aux efforts de l'homme, de ce qu'il a apporté comme un fonds spirituel non acquis par un travail; toutefois cette impossibilité prouve déjà que le travail seul ne peut pas être pris comme mesure unique dans la répartition des bénéfices, et qu'il en peut seulement former la base ou le point de départ. De plus, il est même impossible d'établir un principe de mesure exacte entre le travail et un bien matériel comme bénéfice. Ce rapport est en lui-même incommensurable, parce que les deux termes, le travail portant toujours l'empreinte de la personnalité, et un bien matériel, sont qualitativement différents; aussi tous les moyens d'appréciation qu'on a proposés, la dépense du fluide nerveux, la durée du travail, etc., portent-ils à faux. Pour trouver, sous le rapport *économique*, une base pour le partage des bénéfices, il faut recourir au principe fondamental, le *besoin*, tel qu'il existe à la fois du côté du travailleur et de la société. D'abord, la part que le travailleur prend aux bénéfices hausse avec l'élévation de ce qui a été appelé le *standard of life* (p. 5), ou l'étalon et le degré moyen de ses besoins, et qu'on pourrait simplement appeler les *mœurs* économiques de la classe des travailleurs; et ensuite le besoin s'exprime du côté de la société par l'offre et la demande, et par la concurrence qui s'y rapporte. Ce dernier élément peut être fortement modifié et maîtrisé par la propagation des grandes associations, mais, étant un stimulant essentiel de la production, il ne doit pas disparaître complétement.

Mais comme le travail est toujours un produit et un reflet de la personnalité, la meilleure modification que puissent recevoir toutes les lois économiques et juridiques du travail résultera de la moralité de tous ceux qui sont associés dans une entreprise économique, et toutes les difficultés qui se présentent pour une exacte appréciation des divers rapports seront résolues de la manière la plus satisfaisante par l'*équité* (t. I, p. 177), telle qu'elle paraîtra dans la manière dont les associés détermineront leurs rapports individuels selon tout leur état personnel et moral; c'est ce sens moral et équitable qui réglera aussi le mieux, dans les sociétés coopératives de production, la part de bénéfices qui sera attribuée aux divers agents de la production (p. 84)[1], et qui se modifiera selon que les sentiments de communauté, de bienveillance et de véritable fraternité se répandront parmi les associés.

Les considérations que nous venons de faire sur les biens économiques nous permettent de les résumer dans le principe fondamental, que tous les biens matériels, étant dans la plus grande partie le produit de la causalité personnelle, doivent réagir sur la cause et servir comme objets et comme moyens pour la *moralisation* de la personnalité humaine; d'un autre côté, il s'ensuit que toute action que l'État voudrait exercer par un droit de contrainte sur tous ces rapports, dont le réglement doit rester un objet de libre moralité, aboutirait à les pervertir et même à les dissoudre. Ces principes, comme il s'entend de soi-même, s'appliquent également à l'organisation de la propriété.

Quant à la *division* des biens, il y a d'abord à faire remarquer la différence essentielle entre les *biens spirituels*, la culture intellectuelle, religieuse, etc., et les biens *matériels*, consistant en ce que les premiers ne s'usent pas dans le temps et l'espace par une consommation, et, au lieu de se perdre,

[1] Par un instinct ou par une espèce d'inspiration pratique, les pionniers de Rochdale, qui sont devenus les vrais pionniers dans la route de l'association coopérative, ont pris le nom d'*équitables* pionniers.

s'accroissent même, tandis que les autres s'usent nécessairement et sont généralement destinés à être consommés dans une appropriation individuelle. Ces deux espèces principales forment en quelque sorte les deux poles dans l'ordre des biens; mais la dernière espèce est ordinairement représentée ou a en quelque sorte ses instruments dans des objets individuels, un manuscrit, une œuvre d'art, etc. Sous ce dernier rapport, ces biens sont susceptibles d'appropriation, mais encore d'une manière toute particulière, parce que le but pour l'auteur ne peut pas consister dans la consommation de ces objets, mais seulement dans le droit exclusif de les multiplier en vue du but spirituel, et d'acquérir *au moyen* de ce droit des biens matériels ou une propriété. De cette sorte, ces biens remplissent une double fonction, spirituelle et économique (v. la propriété intellectuelle).

C'est ici le lieu de faire remarquer que, pour distinguer nettement entre les biens appartenant au domaine de l'économie politique et les autres biens de culture, il est nécessaire de faire cette distinction d'après la diversité des buts. Sans doute, tous les biens spirituels, l'instruction, la moralité, etc., favorisent la bonne production, distribution et consommation des biens économiques, et il appartient à l'économie politique d'exposer aussi les rapports d'influence des biens spirituels sur les biens matériels, mais elle doit se borner à développer les lois concernant les biens dont le but *direct* consiste dans la satisfaction de besoins physiques; il conviendrait donc de distinguer plus nettement entre les biens directs de l'économie politique et les biens indirects qui *influent* sur la *causalité* de production des autres.

Par rapport au droit réel, la distinction des diverses espèces de biens ou d'objets doit être faite principalement d'après leur but ou leur distinction.

Les biens économiques, susceptibles d'entrer dans le domaine propre d'une personne physique, ou morale et juridique, sont ou des biens *publics* ou *privés*, selon qu'ils sont destinés,

soit à l'usage de l'État lui-même, dans l'exercice de ses fonctions (bâtiments, cours de justice, etc.), soit à l'usage de tous les citoyens (routes publiques), ou qu'ils sont destinés à l'usage exclusif de personnes particulières.

Les biens sont *immeubles* ou *meubles*, par leur nature ou par leur destination (par exemple, animaux attachés à la culture). Le droit germanique a le mieux tenu compte de ces différences naturelles, en exigeant pour les premiers, publics en eux-mêmes, la publicité pour tous les droits qui s'y rapportent.

Les biens sont *fongibles* et *non fongibles*, selon que l'intention ou le but se porte sur l'objet *individuel*, sur l'espèce, comme on dit incorrectement, ou qu'on n'a en vue que le *genre* devant lequel les individus sont indifférents. C'est ainsi que, dans le contrat de prêt à usage ou commodat *(commodatum)*, l'intention se porte sur la restitution de la *même* chose individuelle (par exemple, un livre), tandis que, dans le simple prêt *(mutuum)*, l'intention se porte seulement sur la restitution de la même quantité et qualité (cent francs, un sac de blé du même genre).

II. Le *droit* qui se rapporte aux biens matériels comprend l'ensemble des conditions sous lesquelles des personnes (physiques ou morales) peuvent acquérir, maintenir, user, transférer et perdre ces biens.

C'est ce droit que nous avons à considérer plus en détail.

§ 55.

DU DROIT CONCERNANT LES BIENS MATÉRIELS, DU DROIT RÉEL ET DE SA DIFFÉRENCE D'AVEC LE DROIT DES OBLIGATIONS.

Tous les biens, soit matériels en eux-mêmes, soit susceptibles d'être estimés en argent comme équivalent (par *æstimatio* et *condemnatio pecuniaria)*, appartenant à une personne,

forment son *avoir*[1] ou son patrimoine. L'avoir désigne ainsi l'unité dans un ensemble de biens matériels, comme conséquence de l'unité de la personne. Aussi l'avoir est-il généralement conçu dans les législations positives comme une *universitas* et comme *res incorporalis;* il est déterminé d'après l'état d'une personne (*status*), et embrasse non-seulement les objets qu'elle possède actuellement, mais aussi les objets sur lesquels elle a déjà acquis un droit pour l'avenir.

L'avoir se divise en deux parties, selon la double nature de l'*objet* du droit (t. I, p. 190), qui consiste ou dans des *choses*, ou dans des *actions*, et selon la diversité du *pouvoir* de l'homme sur ces objets. D'un côté, l'homme a un pouvoir *immédiat* sur les choses dans le droit *réel* et un pouvoir *médiat* dans le *droit des obligations*, parce que, dans les rapports obligatoires, l'homme n'arrive à la chose sur laquelle il a un droit que par l'intermédiaire de l'action de la personne obligée. Quand nous avons acheté un objet, le vendeur doit le livrer, pour que nous en acquérions la propriété. On a souvent défini le droit réel celui qu'on peut faire valoir contre tout le monde. Mais cette définition est inexacte, parce que cette conséquence n'a pas toujours lieu.

Le droit réel se divise en deux parties principales: il y a, d'un côté, la *propriété* ou le pouvoir général de droit de l'homme sur un objet, et, d'un autre côté, les droits par lesquels la propriété d'une personne est limitée en faveur d'une autre; ce sont là les droits limitants ou restrictifs de la propriété ou les *jura in re aliena.*

Entre la propriété et les droits restrictifs, une espèce intermédiaire de droits est impossible; mais la propriété peut elle-même exister sous plusieurs formes; le droit romain n'en connaît que trois, la propriété individuelle, la propriété de la personne juridique (de l'*universitas personarum*) et la co-

[1] L'expression allemande est plus significative: le terme *Vermögen* désigne pouvoir, puissance, ce dont on peut disposer.

propriété, tandis que le droit germanique connaît encore la propriété divisée et la propriété collective. Les droits restrictifs peuvent se diviser en deux classes principales, en droits impliquant l'*usage* d'une chose appartenant en propriété à un autre, comme le sont, en droit romain, les servitudes, l'emphytéose et le droit de superficie, et en droits de *sûreté*, comme le gage et l'hypothèque. Les premiers sont des droits restrictifs matériels, les seconds des droits formels.

Nous allons développer maintenant la doctrine de la *propriété.*

DE LA PROPRIÉTÉ.

DIVISION DE LA MATIÈRE.

La propriété, par laquelle nous entendons ici un bien matériel soumis au pouvoir immédiat d'une personne[1], doit être considérée, comme tout ce qui est lié avec la vie de l'homme et aux lois de son développement, sous un triple point de vue (t. I, § 2). D'abord il faut montrer l'origine de la propriété dans la nature de l'homme, et en déterminer les principes généraux, ensuite il faut envisager la propriété

[1] Nous avons déjà fait remarquer (t. I, p. 212) que, même dans le domaine du droit, le terme de propriété est pris dans un sens plus large, et que, dans le langage ordinaire, on entend par là tout l'*avoir* d'une personne (§ 55). Mais la propriété, dans le sens restreint du mot, est toujours le noyau et le but; car, dans les obligations concernant des objets matériels, le but est toujours (par exemple, dans l'argent prêté) d'en obtenir ou récupérer le pouvoir immédiat. En dehors du domaine du droit, on a quelquefois considéré le corps, les organes physiques, ainsi que les facultés intellectuelles et morales d'une personne, comme sa propriété; mais, quoiqu'ils soient, ainsi que ce qu'on appelle le capital intellectuel et moral d'un homme, des forces et des agents importants pour l'acquisition d'une propriété, ils ne constituent pas eux-mêmes une propriété juridique qui ne peut se rapporter qu'à des biens extérieurs distincts de la personnalité.

dans son développement historique, montrer de quelle manière le degré de culture, le caractère ou le génie particulier d'un peuple en ont modifié la base, et enfin il y a à signaler les réformes que l'organisation de la propriété peut subir dans la vie pratique.

La doctrine de la propriété se divise donc en trois parties.

La première comprend la théorie générale et rationnelle de la propriété.

La deuxième donne un aperçu philosophique sur son développement dans l'histoire.

La troisième contient des considérations politiques sur son organisation actuelle et sur les modifications dont elle est susceptible.

TITRE PREMIER.

Théorie philosophique ou rationnelle de la propriété.

CHAPITRE PREMIER

DE LA PROPRIÉTÉ ET DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

---

§ 56.

DE LA PROPRIÉTÉ, DE SA RAISON D'EXISTENCE, DE SON ORIGINE, DE SON BUT ET DE SON EXTENSION.

1° La propriété est le reflet de la personnalité humaine dans le domaine des biens matériels. L'homme étant une personne individuelle, un moi, a aussi le droit d'établir un rapport personnel individuel avec les objets matériels, en disant:

ceci est à moi. De la personnalité, de l'*être pour soi*, découle l'*avoir pour soi*, ou la propriété individuelle, privée. Celle-ci est ainsi la manifestation et en quelque sorte la projection de la personnalité humaine dans le domaine matériel des choses. La propriété a donc sa raison d'existence dans la personnalité. Cette vérité nous fait comprendre, d'un côté, pourquoi toutes les théories qui, comme le matérialisme et le panthéisme, nient l'existence d'un principe personnel dans l'homme, en considérant le moi spirituel comme un produit de l'organisme physique, ou comme une apparence fugitive de l'âme du monde, sont amenées conséquemment à nier la propriété et à proclamer le communisme comme le seul ordre naturel des biens (t. I, p. 85). En effet, si l'homme n'était qu'un animal cherchant la satisfaction de ses besoins immédiats, journaliers, ou s'il était, sans liberté, un simple instrument dans la main d'une puissance universelle, il pourrait aussi vivre au jour le jour, se contentant de la portion congrue déterminée sans cesse par le pouvoir de la communauté. Mais la personnalité implique la liberté comme pouvoir de détermination propre, et elle se manifeste dans le domaine de biens comme pouvoir de disposer d'un objet par un libre choix, pour l'un ou l'autre but licite de la vie. Cette liberté peut être sujette à des restrictions, mais, si elle n'est pas reconnue en principe et dans une certaine étendue, il n'y a pas de propriété. La liaison intime de la propriété avec la libre personnalité nous fait comprendre cette importante loi historique, que l'organisation de la propriété chez un peuple ou dans une époque est toujours analogue à la manière dont la personne individuelle est comprise dans ses rapports avec les sphères supérieures de la famille, de la commune, de la nation, enfin avec tout l'ordre social. C'est à mesure que la conscience propre, la causalité d'action, la liberté personnelle, s'est développée dans l'histoire en général et au sein de chaque peuple, que la propriété a pris l'empreinte plus nette de la liberté.

Toutefois l'homme, dans sa libre personnalité, reste toujours un *membre organique* de toutes les sphères sociales, de la famille, de la commune, de tout l'ordre social. Il s'ensuit que l'organisation de la propriété doit également présenter ces rapports organiques, que la propriété individuelle est soumise à des droits que la famille, la commune et l'État ont à faire valoir. Ces rapports constituent ce qu'on peut appeler l'*élément social* de la propriété, par lequel l'*élément personnel* n'est pas détruit, mais diversement modifié. L'histoire de la propriété montre, à diverses époques, la prédominance de l'un ou de l'autre de ces éléments.

2° Le *but* de la propriété et du droit qui s'y rapporte est double; le but immédiat consiste à offrir à la personnalité les moyens de satisfaire ses besoins, de compléter la vie du côté des choses matérielles, ou de parfaire l'homme dans son existence physique. Mais, d'un autre côté, la propriété doit servir à l'homme de moyen pour y manifester toute sa personnalité *morale*, en faisant servir la propriété à tous les buts rationnels et moraux auxquels elle peut être adaptée. Intimement unie à la personnalité humaine, la propriété doit s'imprégner de toutes les qualités de l'homme: elle se présente donc à la fois sous une face religieuse et morale, scientifique, artistique et industrielle. La science, l'art et l'industrie ont toujours été appliqués à la propriété, pour la perfectionner, l'embellir et l'accroître; mais il n'est pas moins important qu'elle soit envisagée dans ses rapports avec la religion et la morale; il faut que l'homme se reconnaisse aussi obligé envers la Divinité à faire un bon et juste usage de la propriété, et qu'il l'emploie, comme agent moral, à remplir les devoirs que sa conscience lui impose, à venir en aide à ses semblables, et à pratiquer aussi, dans l'usage qu'il peut en faire pour lui-même, la vertu de modération. Au *droit* de propriété sont donc attachés de grands *devoirs*, et la propriété, tout en ayant sa base dans la personnalité, doit aussi remplir une *fonction* sociale. Cette conception plus

élevée du but moral de la propriété n'est pas étrangère au droit. Sans doute, le droit garantit à chacun la libre disposition de ses biens; mais quand l'usage qu'on en fait devient un abus public et immoral, la loi, chez tous les peuples civilisés, intervient pour le réprimer. Mais l'essentiel est toujours de mettre la propriété en rapport avec les vertus et les devoirs de l'homme, et aujourd'hui plus que jamais il faut que les hommes se rappellent les préceptes religieux et moraux[1], et fassent servir la propriété à remplir les obligations de bienfaisance qu'ils ont les uns envers les autres. De plus, les questions concernant l'organisation de la propriété sont au fond, avant tout, des questions morales, et toutes les mesures de droit qu'on peut proposer pour remédier à l'un ou l'autre inconvénient manquent de l'esprit qui vivifie, si elles ne sont pas soutenues par la conscience et les sentiments moraux. Par l'affaiblissement des convictions morales et religieuses, les hommes ont oublié de plus en plus, au sujet de la vie, le but de la vie, et au sujet de la propriété, le but de la propriété. C'est ce but qu'une philosophie morale et religieuse doit faire comprendre à la raison des hommes.

3° La question de l'*extension* de la notion de la propriété est encore très-controversée. Le droit romain réduit la propriété, comme *rerum dominium*, aux choses corporelles, bien qu'il connût aussi un *dominium usus fructus*, un *dominium hereditatis;* le droit germanique et avec lui tous les codes modernes étendent la notion de propriété à des droits (dans le droit des obligations) se rapportant à la prestation de choses matérielles ou appréciables en argent. La notion de la propriété est alors identifiée avec celle de l'*avoir*. Le droit doit tenir compte de cette acception plus large dans la conscience sociale, quoiqu'il faille toujours distinguer les biens

[1] Voir sur la conception chrétienne de la propriété, particulièrement par rapport aux obligations qu'elle impose au riche envers le pauvre, l'article de M. L. de Carné, dans la *Revue des Deux-Mondes*, 1er février 1852, intitulé *De la misère païenne et de la misère chrétienne.*

matériels qui sont immédiatement dans notre pouvoir de ceux par rapport auxquels nous avons des droits à faire valoir.

Il faut distinguer de la propriété juridique le *droit* de propriété, par lequel la propriété est réglée sous toutes ses faces principales et sous tous ses rapports par un ensemble de conditions dont dépend l'*acquisition*, le *maintien*, l'*emploi* ou l'*usage*, et la revendication de la propriété (v. § 61).

4° L'origine historique de la propriété, ou la cause qui a donné naissance à la propriété, réside toujours dans un acte d'appropriation des objets matériels de la part de l'homme, par l'application de son intelligence et de ses organes. Cet acte peut être un acte superficiel de simple occupation, ou un acte de travail intense; il peut être un acte commun ou individuel. Mais ces divers modes de naissance de la propriété ne doivent pas être confondus avec la *raison de droit* ou le titre général. Le titre *général*, ou la raison par laquelle l'homme peut prétendre à une propriété, réside, comme nous l'avons vu, dans la personnalité humaine, eu égard à son état de dépendance vis-à-vis des objets de la nature, et dans les besoins qui en découlent; les buts rationnels particuliers, dont la réalisation présuppose des conditions naturelles ou physiques, constituent les titres spéciaux de la propriété. Toutefois il importe ici de rappeler que le droit, comme principe idéal, pour être applicable dans la société, doit recevoir une forme et se formuler principalement dans la *loi*, et que, par conséquent, le titre ou le droit général de propriété, pour être reconnu socialement, doit se revêtir de l'une des formes que la société a établies comme conditions d'acquisition de la propriété et comme mesures protectrices du droit de tous. Il s'ensuit que personne ne peut se prévaloir uniquement de sa qualité de personne ou de ses titres spéciaux pour pouvoir prétendre à une propriété déterminée. De plus, le droit se présente toujours sous une double face, comme prétention et comme obligation, qui s'impliquent l'une l'autre, de manière que chaque obligation incombant à une partie donne

aussi le droit de demander que l'autre partie accomplisse de son côté les conditions nécessaires pour constituer le rapport et le lien du droit. Ainsi tout homme sans ressources a droit à des moyens d'existence vis-à-vis de la société; mais la société peut exiger à son tour l'accomplissement des conditions qui légitiment sa prétention; elle doit savoir si l'individu, soit par l'âge ou la maladie, soit par d'autres circonstances indépendantes de la volonté, est hors d'état d'acquérir par son travail cette propriété dont il a besoin; car ce n'est que dans ce cas que la société a en effet l'obligation de venir à son secours, en reconnaissant un titre que l'individu par sa volonté seule ne peut rendre réel.

Les formes ou les *modes* par lesquels la propriété est acquise dans la réalité peuvent être très-divers et varient nécessairement selon l'état intellectuel, moral et politique d'un peuple. Plusieurs formes d'acquisition usitées dans l'antiquité ont été abolies. Le régime féodal en présentait également que le droit nouveau a fait disparaître. Ces formes changent comme les lois en général; mais, aussi longtemps qu'elles existent, elles doivent être respectées, parce qu'aucun développement régulier ne peut se passer de formes bien déterminées; seulement il est du devoir de la société de mettre les formes en accord avec les mœurs, avec l'esprit plus avancé d'une époque, afin de les rapprocher de plus en plus de l'idéal du droit. Les formes ou modes d'acquisition de la propriété, encore en usage, sont principalement l'*occupation*, le *travail* et la *spécification*, le *contrat* et la *loi* elle-même. Comme on entend généralement aujourd'hui par occupation l'acte d'un individu qui prend possession d'une chose, on peut considérer les deux premières formes comme des modes individuels, et les deux autres comme des modes sociaux d'acquérir la propriété. Les autres modes indiqués, sous différents noms, par les législations positives, tels que l'*accessio*, la *traditio*, l'*adjudicatio* et l'*usucapio* du droit romain, se rangent facilement sous l'un ou l'autre des modes principaux.

Nous traiterons plus tard de la distinction faite à un autre point de vue, entre les modes *primitifs* et les modes *dérivés* d'acquérir la propriété.

Parmi ces modes, l'*occupation* peut être considérée comme la forme la plus ancienne, quand on entend par là, non pas un fait individuel, mais l'immigration des races ou des peuples dans des terres encore inoccupées, et ensuite *distribuées* entre les divers membres, ou même cultivées en commun. La propriété individuelle dans ce cas n'a pas sa source dans l'occupation, mais dans la distribution ou l'*assignation* faite par une autorité commune. L'appropriation par le travail ou la spécification, qui est venue ensuite, constitue un lien plus intime entre l'homme et les choses. Enfin le contrat et la loi, quoique connus depuis les temps les plus anciens, sont devenus par le progrès de la société civile les modes les plus importants de l'acquisition de la propriété. C'est le contrat, la convention libre entre les hommes, qui engendre le plus de modifications dans la manière d'acquérir et d'organiser la propriété; car tandis que la loi ne peut imposer que les conditions générales d'existence par tous, le contrat est l'expression de l'autonomie, par laquelle les individus, tout en observant la loi, peuvent régler, selon leurs convictions juridiques et morales, les conditions d'acquisition dans l'ordre social.

Dans les législations positives, on a généralement confondu les *modes* d'acquisition avec le *titre* de la propriété, de manière que les modes principaux sont encore aujourd'hui appelés les titres dont la propriété dérive. C'est que, dans le droit positif, la forme domine généralement le fond. Mais la philosophie doit scruter plus profondément le principe de la propriété. La plupart des auteurs qui ont traité du droit naturel se sont laissé égarer par le droit positif, et ont établi l'un ou l'autre mode comme la source du droit de propriété. C'est pourquoi nous devons encore nous arrêter à ces modes et réfuter les théories auxquelles ils servent de fondement.

CHAPITRE II.

EXPOSITION CRITIQUE DES DIVERSES THÉORIES ÉTABLIES SUR LE DROIT DE PROPRIÉTÉ.

Ces théories se ressemblent en ce qu'elles ne recherchent pas la raison ou l'origine rationnelle de la propriété dans la personnalité humaine, mais qu'elles en scrutent seulement l'origine historique, confondant le titre rationnel avec les modes d'acquisition de la propriété; elles diffèrent entre elles en ce que les unes regardent l'acte d'un *individu* comme suffisant pour constituer la propriété, et que les autres font intervenir un acte *social*, la loi ou le contrat. C'est d'après ces deux points de vue que nous classons les diverses théories sur la propriété.

§ 57.

THÉORIES QUI FONDENT LE DROIT DE PROPRIÉTÉ SUR UN ACTE INDIVIDUEL.

A. Théorie de l'occupation.

L'*occupation* des choses qui n'ont pas de maître a été considérée de tout temps comme le principal titre qui confère la propriété. Les jurisconsultes romains avaient de bonne heure admis ce principe dans leurs décisions, et la compilation de Justinien le consacre comme une disposition législative[1]. On le regardait donc comme établi par la raison, et telle a été l'opinion de presque tous les auteurs qui ont écrit sur la propriété[2].

[1] *Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur.* Dig., lib. XLI, tit. I, fr. 3.

[2] Grotius, *de Jure belli ac pacis*, lib. II, chap. 2, § 5: *Censeri debuit inter omnes convenisse, ut quod quisque occupasset, id proprium haberet;* Puffendorf, *de Jure naturæ et gentium*, tit. IV, cap. IV; Blackstone, *Commentaire sur les lois anglaises.*

Toutefois beaucoup de jurisconsultes, et principalement ceux des trois derniers siècles qui ont adopté ce principe, ont remarqué avec raison que le fait individuel de l'occupation ne pouvait pas constituer à lui seul la propriété impliquant le respect de la part de toutes les autres personnes. Pour justifier cette obligation générale de respecter la propriété, ils supposaient donc qu'avant l'établissement de l'ordre social, les hommes avaient vécu dans une communauté primitive de biens, ou que du moins tous avaient eu un droit égal à toutes les choses, mais que, lors de la fondation d'un ordre social, ils avaient fait la *convention* de renoncer à la communauté ou à ce droit universel, à condition que tous reconnussent comme propriété exclusive la partie de la terre qu'une personne aurait occupée la première.

En examinant cette doctrine, il faut d'abord remarquer qu'elle confond la question du principe ou du *droit* de propriété avec celle de son *origine.* Il est certain que la propriété foncière dérive en général de l'occupation du sol, qui primitivement a été faite, non pas individuellement, mais par immigration en masses. C'est là, aussi en général, l'origine historique de la propriété collective. Quant à la propriété privée du sol, elle a son origine non pas directement dans l'occupation, mais dans la distribution des terres occupées ou dans l'assignation faite par une autorité sociale. Quoi qu'il en soit, le fait seul de l'occupation d'une chose ne peut pas constituer le droit de propriété, et en réalité cette première occupation n'a jamais été respectée. Ceux qui sont entrés les premiers dans un pays non habité ont été forcés de le partager avec de nouveaux venus, assez forts pour faire valoir leurs prétentions. Selon la théorie de l'occupation, ce serait donc en dernier lieu la force, plutôt que la première occupation, qui devrait être considérée comme le titre de la propriété; mais la force ne crée pas le droit. Nous avons vu que les partisans de cette doctrine ont senti eux-mêmes que le fait individuel de

l'occupation ne pouvait pas obliger les tiers au respect de la chose occupée, sans lequel la propriété n'existe pas; mais l'hypothèse d'une convention faite au commencement de la société est toute gratuite; une telle convention n'a jamais été faite, ni expressément, ni tacitement, et n'aurait pu lier que ceux qui l'auraient établie.

Indépendamment de cette erreur historique, le fait de l'occupation n'est pas un juste titre de propriété. De plus, chaque droit a ses limites dans les droits analogues de tous les membres d'une société. Mais le fait de l'occupation ne contient aucune restriction. D'après ce principe, une seule personne pourrait posséder tout un continent, et en exclure les autres, prétention que le bon sens n'a jamais admise[1].

Enfin l'occupation, qui encore n'est souvent qu'un fait du *hasard*, n'est presque plus susceptible d'application à notre époque. Aujourd'hui il n'y a plus guère de choses non occupées, de sorte que si l'occupation était la seule source de la propriété, il serait impossible d'en acquérir. Chez la plupart des peuples civilisés, c'est l'État qui se considère comme le propriétaire des choses non occupées[2].

L'occupation seule, non suivie de l'appropriation par le travail ou l'industrie, a été rarement reconnue comme un titre de propriété. Et comme la terre est destinée non pas à être seulement occupée, mais à être travaillée ou transformée par l'industrie, les peuples plus avancés ont eu raison de ne pas reconnaître aux hordes sauvages qui peuplent un territoire un droit absolu de propriété, à cause d'une occupation vagabonde qui n'a pris aucune racine dans le sol.

[1] *Rousseau,* quoiqu'il ait une fausse notion de la propriété, indique très-bien les *conditions* sous lesquelles la première occupation peut se légitimer. Voyez *Contrat social,* liv. I, chap. IX.

[2] Les législations modernes ne sont cependant pas d'accord. Le Code civil français, art. 713, dit: «Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'État.» — Le droit anglais établit le même principe. Le Code autrichien, au contraire, adopte, § 381, le principe du droit romain. Le Code prussien se rapproche du Code français, mais n'exclut pas complétement le droit d'occupation au profit des individus.

Sans doute, il est du devoir des peuples civilisés d'initier les peuples sauvages à la culture, au lieu de les exterminer. Mais le principe général veut que la terre soit à celui qui la sait cultiver; c'est la prescription de la raison et la volonté de Dieu.

La doctrine de l'occupation est donc fausse au fond, et presque sans valeur pratique.

B. *Théorie du travail, dans le sens général du mot.*

La théorie qui fait dériver la propriété du travail (appelée aussi improprement théorie de la spécification, § 6) se lie intimement avec la théorie économique d'Adam Smith, qui voit dans le travail la source principale de production des biens (p. 109). Les partisans modernes de cette théorie (comme J.-St. Mill et Fréd. Bastiat), en l'exagérant, sont arrivés à nier toute autre source des biens, à ramener aussi l'origine de la propriété au travail, en considérant la première occupation d'une chose également comme un acte de travail. Cette doctrine est sans doute plus rationnelle que celle de l'occupation. Elle dégage la question de la propriété des hypothèses gratuites d'un premier état naturel et d'une convention subséquente; au lieu de faire dépendre l'établissement de la propriété de la décision du hasard et de la force, elle la fonde sur un fait constant et universel: l'*activité de l'homme.* Néanmoins elle n'est pas la vraie théorie de la propriété. D'abord, elle ne fait pas comprendre la véritable raison de la propriété, qui, résidant dans la personnalité et ses besoins physiques permanents, confère aussi un droit de propriété aux personnes qui ne peuvent pas travailler; ensuite, elle est impuissante à établir une juste proportion entre le travail, influencé par beaucoup de circonstances toutes personnelles, et même par le capital intellectuel et moral d'une personne, et une quantité de biens exté-

rieurs (p. 112), et, par conséquent, la propriété assise sur cette base serait sujette à bien des contestations[1].

Toutefois le travail, sans constituer le droit de propriété, est la source de production la plus importante, et le mode primitif principal d'acquérir la propriété. Aussi l'État a-t-il le devoir de faire respecter tout travail exécuté pour un but ou un besoin rationnel comme étant un juste mode d'acquérir une propriété, et il a encore le devoir d'aviser à ce que l'ordre social devienne de plus en plus un ordre général de travail pour tous les buts de culture, et que les bénéfices et la propriété reviennent autant que possible aux travailleurs. C'est ainsi que les États du continent, en abolissant les droits

[1] M. Rey, dans sa *Théorie et pratique de la science sociale*, Paris, 1842, ouvrage qui indique plusieurs réformes utiles et praticables, fait valoir contre la théorie du travail les raisons suivantes:

«Le principe, que les produits du travail appartiennent exclusivement à celui qui les a créés, conduit directement aux conséquences suivantes:

«L'enfant, le vieillard, l'invalide, qui ne produisent absolument rien, n'ont droit à aucune espèce de produits. L'homme infirme, mou ou maladroit, n'aura que la faible quantité de produits qu'il aura créés. Le grand nombre des hommes aura une part moyenne dans la richesse sociale. L'homme bien portant, fort, actif ou adroit, aura une plus forte part dans ces richesses. Enfin, l'homme de talent ou de génie aura la part la plus large dans les biens de ce monde. D'où ces autres conséquences, que quelques hommes seraient condamnés à mourir de faim, d'autres à traîner leur triste existence au milieu des privations et de la misère; que le grand nombre pourrait se procurer le nécessaire; et enfin que quelques hommes privilégiés par la nature vivraient, les uns dans l'aisance, les autres au milieu des richesses ou même d'un luxe fastueux... Mais ont-ils mérité, les uns leur malheur, les autres leurs jouissances? Évidemment non; c'est du hasard d'une organisation heureuse ou malheureuse que les hommes tiennent leurs qualités bonnes ou mauvaises. L'homme fort et adroit qui, dans une journée, fera sortir de ses mains cent produits utiles, n'a pas intrinsèquement plus de mérite que l'homme faible et maladroit qui n'aura pu en créer qu'un seul. Celui-ci a payé de sa personne autant que celui-là: la somme des fatigues est la même des deux côtés, ou plutôt c'est l'homme faible et maladroit qui se sera livré au labeur le plus rude. L'homme de génie, qui a si prodigieusement multiplié la puissance humaine par les machines à vapeur, n'a pas mené une existence plus laborieuse que l'homme dont toute la vie s'est consumée à tourner le robinet de l'une de ses machines, ou à faire des têtes d'épingles... Pourquoi ajouterait-on les privations matérielles de la misère à cette vie ennuyée et pénible des hommes les moins propres au travail, et pourquoi comblerait-on de richesses les hommes qui se sont complus dans leurs œuvres, qui ont ressenti des joies dans l'enfantement de leurs grandes idées, et qui ont recueilli des honneurs et de la gloire?»

féodaux et seigneuriaux, ont fait passer la propriété foncière à ceux qui depuis des siècles avaient réellement fait fructifier les fonds de terre, et, de même qu'Adam Smith avait déjà déduit de sa théorie que l'impôt ne devait porter ni sur le salaire du travail, ni sur les objets de *nécessité*, de même le principe du travail peut encore devenir une boussole pour la législation dans toutes les mesures concernant le travail social. Comme le travail émane de l'homme, qui imprime aux choses, en les spécifiant, le cachet de sa personnalité, il participe généralement au respect qui entoure la personne. L'homme respecte instinctivement l'homme, partout où il rencontre ses traces. On est naturellement disposé à reconnaître comme propriété inviolable les objets qui sont le produit de l'activité humaine. C'est ainsi que, même dans la guerre, on respecte plus les villes, œuvres de l'industrie, que les champs, ouvrage de la nature. De là l'horreur qu'inspirent les dévastations exercées sur les œuvres de l'art.

Mais, malgré sa haute importance, la théorie du travail ne fait pas comprendre le droit de propriété.

§ 58.

THÉORIES QUI FONDENT LE DROIT DE PROPRIÉTÉ SUR UN ACTE SOCIAL.

Un grand nombre d'auteurs regardent avec raison l'acte *isolé* d'une seule personne, manifesté soit par l'occupation, soit par la transformation, comme insuffisant pour constituer des obligations de la part des autres, c'est-à-dire comme incapable de procurer le respect et la garantie de la chose occupée ou transformée. Ils ont donc cherché le fondement de la propriété dans des actes qui seuls peuvent être considérés comme créant les obligations générales de respect. Ces actes sont la *convention* et la *loi*. Ils peuvent être identiques, et se confondent en effet dans les sociétés où les lois sont véritablement l'expression de la volonté générale, où le peuple

lui-même est représenté dans la législature. Chaque loi est alors une vraie convention entre tous. Mais ces deux actes peuvent aussi être différents, par exemple dans les États non constitutionnels. Il faut donc les considérer chacun à part.

A. Théorie qui fait dériver la propriété de la loi.

Cette théorie, reflet des opinions qui s'étaient répandues sur le pouvoir et même sur l'omnipotence de l'État et de la législation politique, et opposant, sous un rapport essentiel, à l'absolutisme personnel de Louis XIV, qui s'était attribué le droit sur tous les biens de ses sujets (voir titre deuxième: *Histoire de la propriété*) l'absolutisme de la loi, a été principalement établie par Montesquieu, par beaucoup de jurisconsultes français (Toullier, *Droit civil français*, t. II, § 64) et anglais, ainsi que par Mirabeau, Robespierre, Bentham et d'autres.

Montesquieu admet avec Grotius et Puffendorf un premier *état naturel* dans lequel tous les biens étaient communs, et dit: «Comme les hommes ont renoncé à leur indépendance naturelle pour vivre sous des lois politiques, ils ont renoncé à la communauté naturelle des biens pour vivre sous des lois civiles. Ces premières lois leur acquièrent la liberté: les secondes, la propriété.» (*Esprit des lois*, liv. XXVI, chap. XV.)

Mirabeau dit (v. *Histoire parlementaire*, t. V, p. 325): «Une propriété est un bien acquis en vertu de la loi. La loi seule constitue la propriété, parce qu'il n'y a que la volonté politique qui puisse opérer la renonciation de tous et donner un titre commun, un garant à la jouissance d'un seul.»

Robespierre définit la propriété dans la déclaration des droits de l'homme, qu'il se proposait de faire passer dans la constitution de 1792: «La propriété est le droit qu'a chaque citoyen de jouir de la portion de biens qui lui est garantie par la loi. Le droit de propriété, ajoute-t-il, est borné comme

tous les autres, par l'obligation de respecter les droits d'autrui, il ne peut préjudicier, ni à la sûreté, ni à la liberté, ni à l'existence, ni à la propriété de nos semblables.

Bentham, sans établir une théorie précise de la propriété, fait bien comprendre la nécessité d'une garantie sociale, en disant : « Pour mieux faire sentir le bienfait de la loi, cherchons à nous faire une idée nette de la propriété. Nous verrons qu'il n'y a *point de propriété naturelle*, qu'elle est uniquement l'ouvrage de la loi. La propriété n'est qu'une base d'attente, l'attente de retirer certains avantages de la chose qu'on dit posséder en conséquence des rapports où l'on est déjà placé vis-à-vis d'elle. Il n'y a point de peinture, point de traits visibles qui puissent exprimer ce rapport qui constitue la propriété; c'est qu'il n'est pas matériel, mais métaphysique; il appartient tout entier à la conception...

« L'idée de la propriété consiste dans une attente établie, dans la persuasion de pouvoir retirer tel ou tel avantage, selon la nature du cas. Or, cette persuasion, cette attente, ne peut être que l'ouvrage de la loi. Je ne puis compter sur la jouissance de ce que je regarde comme mien, que sur les promesses de la loi qui me la garantit...

« La propriété et la loi sont nées ensemble et mourront ensemble. Avant les lois, point de propriété; ôtez les lois, toute propriété cesse. » (*Traité de législation*, t. II, p. 33).

Selon ces auteurs, c'est donc la *loi* civile qui est la source de la propriété. Et par *loi* ils entendent la déclaration d'un pouvoir politique investi de la fonction législative. Le droit de propriété dépend donc uniquement de la volonté du législateur. Mais si la propriété ne résulte pas de la nature de l'homme, si elle n'est qu'un pur effet de la loi civile, elle est exposée aux décisions les plus arbitraires, et elle peut être abolie par une loi, comme elle a été créée par elle; d'ailleurs la loi, qui formule seulement et fait reconnaître les droits, sans les créer, peut seulement garantir ces droits et en régler l'exercice. Bentham a justement remarqué que la

propriété n'exprime pas un rapport purement matériel entre l'homme et les choses, mais un rapport intellectuel, qu'elle n'est pas seulement un fait actuel, mais qu'elle s'étend comme un pouvoir, une possibilité d'action et de jouissance dans l'avenir. Mais autre chose est de *reconnaître* et de garantir, autre chose de *constituer* un droit. Le droit de propriété ne peut pas être constitué par la loi, qui peut et doit seulement reconnaître et garantir la propriété justement acquise et circonscrite dans ses justes limites [1].

B. Théorie de la convention.

La théorie de la convention a été établie dans des vues différentes. Tandis que les anciens auteurs, comme Grotius et d'autres, s'en servaient comme d'une hypothèse auxiliaire, pour justifier les actes d'occupation, d'autres y voyaient le principe même d'après lequel la propriété devait être réglée. Cette dernière opinion a été principalement professée par Kant et Fichte. La différence entre eux consiste en ce que Kant ne considère pas la convention comme un fait réel spécial, mais comme une idée *a priori*, condition essentielle pour l'existence de la propriété, et réalisée dans l'ordre social en général, tandis que Fichte prétend que cette convention doit être sans cesse réalisée et renouvelée.

Kant fait remarquer que les actes isolés d'un homme, tels que l'occupation et le travail ou la spécification, ne peuvent pas constituer le droit de propriété, parce que la propriété implique de la part de tous les membres de la société des

[1] Portalis, dans l'exposé des motifs du code civil, dit très-bien: «Le principe de ce droit est en nous; il n'est pas le résultat d'une convention humaine ou d'une loi positive. Il est dans la constitution même de notre être et dans nos différentes relations avec les objets qui nous environnent», et, en adoptant la théorie du travail, il dit: «C'est par notre industrie que nous avons conquis le sol sur lequel nous existons, c'est par elle que nous avons rendu la terre plus habitable. La tâche de l'homme était pour ainsi dire d'achever le grand acte de la création.»

obligations négatives, celle, par exemple, de ne pas y porter atteinte, et que les obligations personnelles doivent être le résultat d'un consentement mutuel appelé convention. Toutefois il regarde l'occupation comme l'acte préparatoire pour l'établissement de la propriété; il fait seulement dépendre la reconnaissance et la garantie de la propriété ainsi acquise du consentement mutuel dans l'ordre social. Il appelle la chose, tant qu'elle a été simplement occupée, *propriété provisoire*. La propriété *définitive* ou péremptoire n'est donnée que par la convention de tous. Cette propriété définitive est appelée la possession *intellectuelle*. Cette pensée est au fond la même que celle exprimée un peu plus tard par Bentham, l'un appelant la propriété une conception de l'esprit, l'autre une possession intellectuelle. Mais la théorie de Kant est également erronée en ce qu'elle ne place pas la raison de droit ou le titre de la propriété dans la personne et ses besoins, en investissant l'ordre social seulement du droit de garantir et de régler la propriété.

Les idées de Kant sur le droit naturel et sur la propriété ont été plus développées par Fichte, le continuateur de son système philosophique. La doctrine de Fichte [1] est plus complète, et combine mieux les deux éléments essentiels de la propriété, tout en exagérant la fonction régulatrice de l'État.

Fichte établit que la base générale de la propriété est donnée par les principes universels du droit, et qu'elle a son fondement particulier dans les droits personnels de l'homme. Mais ensuite, il exige une convention entre tous les membres de la société civile, non-seulement pour garantir, mais aussi pour *organiser* et pour distribuer sans cesse proportionnellement la propriété. Voici le résumé de cette doctrine remarquable sous plusieurs rapports.

[1] *Manuel de droit naturel* (allem.), 1800; *L'État clos de commerce (Geschlossener Handelsstaat)*, 1800; et *Leçons sur le droit naturel* (allem.), faites en 1812 à Berlin, et publiées dans les œuvres posthumes de Fichte, tome II, 1835.

Le *droit* consiste dans la limitation réciproque de la liberté de chacun, pour que la liberté de tous puisse coexister dans une sphère commune. Le droit indique et assure à chacun la sphère particulière dont il doit jouir en liberté. Or le droit implique la *propriété*, qui n'est autre chose que le domaine spécial dans lequel chacun peut agir librement. Et comme ce droit appartient à tous les membres d'une société, il doit devenir loi, ce qui ne peut se faire qu'en tant que chacun se soumette dans ses actes aux droits de tous. La soumission volontaire de chacun aux droits de tous, c'est la *loi*. Les membres qui expriment cette volonté commune du droit forment l'État. L'acte par lequel cette loi est déclarée publiquement est la *convention* ou le contrat. Le droit est ainsi différent de la convention, qui en est seulement la sanction légale.

Le droit personnel le plus important de l'homme par rapport à la nature extérieure, c'est de posséder une sphère d'action suffisante pour en tirer les moyens d'existence. Cette sphère doit donc être garantie à chacun dans la convention sur la propriété. Mais cette sphère, dit Fichte, doit être exploitée par le *travail* propre de chacun. Le travail est la condition sous laquelle le droit est garanti. Il faut donc que chacun travaille. D'un autre côté, il faut aussi que chacun puisse vivre de son travail; autrement il n'aurait pas obtenu ce qui lui est dû par son droit personnel; la convention n'aurait pas été exécutée à son égard, et lui-même ne serait plus, dès ce moment, obligé, juridiquement parlant, de reconnaître la propriété des autres.

Tous se garantissent donc par convention les moyens de travail suffisants pour vivre, et tous doivent s'entr'aider quand ces moyens ne suffisent pas. Mais, par cette obligation, tous obtiennent aussi le droit de *contrôle* pour s'assurer si chacun dans sa sphère travaille selon les mesures de ses forces. Ce droit de contrôle est transféré à un pouvoir social, institué pour toutes les affaires communes et générales. Personne ne

peut prétendre au subside de l'*État*, sans avoir prouvé qu'il a fait dans sa sphère tout ce qui lui était possible pour se soutenir par le travail. Comme l'État doit ainsi, au besoin, venir en aide aux membres de la société, il est nécessairement investi du droit de surveillance sur la manière dont chacun administre sa propriété. En conséquence, l'État ne doit souffrir dans son sein ni des indigents ni des oisifs.

La convention sur la propriété implique donc les actes suivants:

1° Tous indiquent à tous, afin d'obtenir la garantie publique, de quoi ils veulent s'occuper pour vivre. Celui qui ne pourrait indiquer un travail ne serait pas membre de l'État;

2° Tous concèdent à chacun telle ou telle occupation et, jusqu'à un certain point, exclusivement. Il n'y a donc pas d'occupation ou de profession dans l'État sans concession préalable. Personne ne devient membre de l'État en général, mais il entre de suite dans une certaine classe de citoyens par le travail qu'il a choisi selon sa vocation;

3° La première convention, qui crée la loi et l'État, établit en même temps une institution pour les subsides et un pouvoir protecteur. Chacun doit contribuer à l'établissement de ces institutions par un *impôt* que l'État prélève sur tous.

La propriété est un droit personnel, mais elle n'est pas le droit fondamental. L'homme a encore d'autres buts à remplir que sa conservation purement physique. Il ne vivrait pas comme *homme*, si tous ses efforts étaient absorbés par le travail nécessaire à l'acquisition d'une propriété matérielle.

Comme le but *moral*, qui est le premier but de l'homme, ne doit pas être négligé, il faut que chacun reçoive une telle sphère d'action par la propriété, qu'après le travail destiné à la satisfaction des besoins physiques, il lui reste encore assez de loisir[1] pour cultiver ses facultés spirituelles. C'est

[1] Fichte déduit aussi de ce *droit de loisir* la nécessité d'un jour de repos ou de la *célébration du dimanche*.

là le droit pour sa liberté la plus précieuse, celle qui lui permet d'agir comme être moral. Celui qui n'aurait pas obtenu de l'État la garantie de cette liberté manquerait d'un droit fondamental et n'aurait aucune obligation juridique envers les autres. La constitution qu'établirait un tel État ne serait pas une constitution de droit, mais de contrainte.

Le premier but de l'État consiste donc, selon Fichte, à assurer à chacun du loisir pour le développement de ses facultés morales. Le rapport entre le travail et ce loisir peut varier dans les divers États, et c'est ce rapport qui constitue les différents degrés de *la richesse* nationale. Plus les membres d'un État sont obligés de travailler pour les besoins de la vie matérielle, plus l'État est pauvre. Il est d'autant plus riche qu'il reste plus de loisir à tous pour des occupations intellectuelles.

L'État augmente donc sa richesse quand il augmente les moyens de fournir, dans le moindre temps possible, le travail nécessaire à la satisfaction des besoins matériels de la vie. Mais ce travail nécessaire doit être partagé proportionnellement entre tous les membres de l'État. Chacun peut choisir une profession à sa convenance. Cependant c'est à l'État de veiller à ce que le nombre de ceux qui exercent une profession ne soit pas en disproportion avec les besoins de la société; car autrement ceux qui auraient embrassé certaines professions n'en pourraient pas vivre. Il faut donc que tous es membres se distribuent les différentes professions, et à cet égard, l'État, sans imposer de profession à personne, doit pourtant s'en réserver la concession.

Dans cette théorie, Fichte, en confondant l'État avec l'ordre social tout entier, et ne tenant pas suffisamment compte du principe personnel libre et moral de la propriété, a exagéré la fonction de réglementation de la part de l'État.

L'histoire de ces différentes doctrines atteste une marche progressive des esprits vers la vérité. La plus ancienne, la

théorie de l'*occupation*, est aussi la plus erronée; vient ensuite celle du travail, qui a saisi un point de vue plus juste, plus essentiel, mais qui est loin d'être suffisant. Après elle, s'établit la théorie qui cherche le droit de propriété, soit dans la *loi*, soit dans une *convention*; dans ces théories, l'on exige avec raison un acte général qui puisse obliger tous les membres de la société à la reconnaissance et au respect de la propriété, tandis que l'occupation et le travail ne sont que les faits isolés d'un individu. La doctrine de Fichte commence par constater la raison de droit de la propriété dans la personnalité, en exigeant une convention sociale pour la garantie et l'organisation de la propriété. Une véritable doctrine devra toujours combiner ces deux principes, le principe personnel et le principe social, dans le règlement de la propriété.

CHAPITRE III.

DÉVELOPPEMENT DE LA THÉORIE RATIONNELLE DE LA PROPRIÉTÉ.

La propriété est le pouvoir immédiat d'une personne sur un objet physique, réglé par le droit sous tous ses rapports essentiels. Ces rapports sont de deux sortes: d'abord des rapports personnels, subjectifs, se manifestant principalement par la volonté, ou plutôt l'intention *(animus)* d'une personne d'exercer pour elle-même un droit sur l'objet, puis des rapports sociaux objectifs, constitués par l'ordre social et légal du droit tout entier. Dans un ordre parfait du droit, l'intention et le pouvoir de fait d'une personne sur un objet seraient toujours en accord avec le droit et l'ordre légal; mais, comme l'ordre social présente des imperfections et des incertitudes par rapport au droit, principe idéal et non sensible, il faut souvent partir de l'état

de fait uni avec la volonté ou l'intention déclarée d'une personne, comme du premier rapport personnel et fondamental, pour admettre provisoirement que ce rapport est conforme au droit lui-même, jusqu'à ce que le contraire ait été prouvé. De cette distinction du rapport tout personnel, exprimé dans le pouvoir de fait, d'avec le droit objectif, résulte aussi la différence entre la possession et la propriété. Nous avons vu (t. I, p. 221) que la notion de possession peut être étendue au delà du domaine réel (de la propriété et des droits réels particuliers) à des droits d'état de personnes et aux obligations, et qu'elle est également applicable dans le droit public et des gens. Cependant, c'est dans le domaine de la propriété qu'elle trouve sa place principale. Nous avons donc à exposer, dans la théorie de la propriété, les notions de la possession, de la propriété et du droit de propriété.

§ 59.

DE LA POSSESSION.

La possession est souvent définie comme le pouvoir de fait, ou comme étant en fait ce que la propriété est en droit; mais cette définition n'est pas exacte. D'abord, et c'est le cas ordinaire, la possession peut être unie avec la propriété, comme elle en est en elle-même toujours une partie intégrante, le propriétaire ayant le *jus possidendi* (qui ne doit pas être confondu avec le *jus possessionis* du possesseur comme tel); ensuite, dans la possession comme telle, il y a un élément subjectif du droit qui réside dans la personnalité, s'exprimant dans la volonté; seulement, il peut arriver que l'accord de cet élément personnel (accord qui *peut* subsister) avec le droit objectif n'est pas certain, incontesté. Cependant lorsqu'il y a, de la part d'une personne, le pouvoir de fait sur un objet, ou la *détention*, *unie* avec l'*intention (animus rem sibi habendi)* d'avoir l'objet pour elle, la réunion de ces deux

conditions essentielles suffit pour constituer la possession, et elle peut régler elle-même ses rapports juridiques, sous la présomption qu'elle aura reglé ces rapports conformément au droit objectif; c'est la conséquence de cet autre principe du droit personnel, que chacun doit être considéré comme un homme honnête et probe, aussi longtemps que le contraire n'est pas démontré: *quilibet præsumitur bonus ac justus donec probetur contrarium* [1].

Maintenant nous pouvons comprendre le vrai et le faux dans les théories établies par les jurisconsultes pour rendre raison de la protection provisoire accordée à la possession, au moyen des actions possessoires *(interdicta retinendæ ac*

[1] D'après sa notion, la possession trouve une application dans le droit privé, non-seulement au droit réel, auquel les romanistes ont voulu la restreindre, mais encore au droit des personnes et au droit des obligations. Dans le droit des personnes, il y a une possession pour des rapports ou des états qui ont duré pendant quelque temps, et qui demandent protection jusqu'à ce que la question de droit soit vidée, par exemple pour l'état d'enfant vis-à-vis des personnes considérées jusque-là comme parents. De même la possession est applicable à des obligations qui permettent un exercice réitéré, par exemple aux prestations de rentes, d'aliments et en général à des jouissances de droits; mais elle ne s'applique pas à des obligations qui s'éteignent par une seule prestation, car dans ce cas il ne peut être question d'une protection provisoire. Les codes modernes de Prusse, de France et d'Autriche ont donc eu raison d'étendre la notion de la possession aux trois branches du droit privé. Par contre, il résulte de cette notion que la distinction entre la possession et la quasi-possession, telle que l'a faite le droit romain, est inutile, puisque la possession en elle-même n'est pas un fait physique, mais désigne un rapport de la volonté avec un objet quelconque de droit susceptible d'un exercice prolongé. Il s'ensuit encore que plusieurs personnes peuvent acquérir la possession d'un même objet, soit comme copossesseurs, soit pour des *buts différents*, quand l'objet est considéré sous différents rapports d'utilité et de droit. C'est ainsi que l'un peut posséder une chose comme propriétaire, l'autre comme usufruitier ou comme locataire (d'après le code prussien). Le droit romain lui-même fut obligé de donner relativement à un même objet une double possession sous des rapports différents, en attribuant, dans le gage *(pignus)*, au créancier la possession avec les interdits possessoires *(possessionem ad interdicta)* et à celui qui a constitué le gage la possession pour l'usucapion sous les conditions requises à cet effet *(possessionem ad usucapionem)*. Nous avons fait voir (t. I, p. 221) que la possession trouve aussi une application dans le droit public, quand une personne physique ou morale se trouve ou se met dans l'exercice d'une fonction publique avec l'intention de l'exercer comme un droit.

recuperandæ possessionis). Parmi les théories anciennes les plus répandues, l'une, envisageant la possession comme une propriété provisoire, considérait les interdits qui s'y rapportent comme des vindications provisoires, et l'autre expliquait la protection de la loi par le principe social, d'après lequel l'individu ne peut se faire justice à lui-même. Ces théories ont été généralement remplacées par celle de *Savigny* qui regarde la possession comme un rapport de *fait* et trouve la raison de la protection dans l'inviolabilité du corps humain; l'inviolabilité de la personne serait atteinte par celui qui troublerait ce pouvoir de fait sur une chose corporelle. Savigny s'est rétréci son point de vue en s'inspirant du droit romain, qui, en jetant les premières bases de la doctrine de la possession, s'était trop attaché au côté physique et se vit par là obligé d'admettre en outre une *quasi-possessio* de *droits réels*. Mais la possession n'est ni un simple fait, ni moins encore un fait physique, puisqu'elle se rapporte aussi à des objets de droit autres que les choses corporelles. La doctrine de Savigny fut dès son apparition combattue par Thibaut et par Gans, de l'école de Hegel, lesquels voulaient voir aussi dans la possession un droit, le dernier un droit relatif. Mais la doctrine de Savigny triompha. Plus récemment Puchta a présenté la possession comme un droit de la personne à sa propre personnalité, et plus spécialement à l'inviolabilité de sa volonté se manifestant dans le domaine des choses. Mais quoique la possession soit ainsi mieux reconnue dans ses rapports avec la personnalité, elle ne découle pas de l'inviolabilité de la volonté, qui n'existe pas d'une manière abstraite; elle se fonde sur la présomption que la volonté d'une personne s'est mise dans un juste rapport avec un objet de droit.

Pour bien comprendre les diverses espèces de possession dans le droit positif, le mieux est de les distinguer d'après les divers *buts* pour lesquels elles ont été établies et qui exigent des *conditions* différentes. D'après le but différent, il y a lieu de distinguer: 1° la possession pure et simple, dans laquelle

on n'a en vue qu'une protection provisoire donnée par les actions possessoires, soit pour se maintenir en possession, soit pour recupérer la possession perdue; c'est la possession donnant droit aux *interdits (possessio ad interdicta)*; la simple possession y suffit; seulement, quand il y a contestation entre deux personnes par rapport à la possession, il est une *condition* exigée du possesseur, qui veut se servir des interdits: c'est l'absence de certains vices *(vitia)*, qu'il ne l'ait pas acquise de vive force *(vi)*, clandestinement *(clam)*, ou d'une manière précaire *(precario)*; 2° la possession qui tend à se changer en propriété par l'*usucapion (possessio ad usucapionem)* est attachée à des conditions positives plus importantes; elle doit être de *bonne foi (bonæ fidei)*, ce qui, par le droit romain, n'est exigé que pour le commencement de la possession, durer un certain *temps* et se fonder sur un *juste titre (justus titulus)*; dans l'usucapion extraordinaire, on n'exige pas un juste titre, mais seulement un temps plus long; 3° enfin, il y a la possession où l'existence de la *bonne foi (bonæ fidei possessio)* confère déjà au possesseur des droits analogues à ceux du propriétaire, par exemple de cueillir les fruits, etc.

Ces trois espèces de possession se rencontrent également dans les droits réels partiels *(jura in re aliena)*; seulement l'usucapion, dans le droit personnel, est exclue, à cause de la liaison intime du droit avec toute la personne morale, et, dans les obligations, la prescription, qui n'exige pas même la possession, se fonde sur d'autres raisons (t. I, p. 217). En droit public, il ne peut y avoir ni usucapion ni prescription (t. I, p. 217).

§ 60.

NOTION DE LA PROPRIÉTÉ.

La *notion* de la propriété manque encore d'une détermination exacte. Deux méthodes principales ont été adoptées

pour établir une définition de la propriété. La plus ancienne cherchait la définition dans l'énumération des droits principaux que renferme le droit de propriété; on les résumait quelquefois dans le droit de disposer librement d'une chose et d'en exclure tous les autres. Mais cette définition est trop large, car elle s'applique également aux droits réels partiels *(jura in re aliena).* Une méthode plus récente veut déterminer la propriété, dans l'esprit du droit romain, par le caractère du *pouvoir* qui y est exprimé; mais à cet égard les notions varient. Les uns expliquent la propriété comme le *pouvoir juridique plein* et *entier* d'une personne sur une chose corporelle. Cette définition est trop étroite; car la *plénitude* du pouvoir n'est pas essentielle pour l'existence de toute propriété. Une propriété peut être grevée d'un usufruit, d'une hypothèque et pour le surplus être litigieuse, de sorte que presque tout pouvoir a disparu, sans que la propriété cesse d'exister. Pour lever ces difficultés, on a appelé la propriété le pouvoir *absolu* d'une personne sur une chose; mais ce pouvoir est loin d'être absolu, puisqu'il est soumis à des restrictions, attaché à des conditions d'existence et d'exercice. D'autres enfin, comprenant que, dans la *réalité*, certains droits peuvent manquer au propriétaire ou être limités, ont caractérisé la propriété comme la *possibilité* juridique d'exercer sur une chose tous les droits concevables, parce que le propriétaire conserve au moins la possibilité de reconquérir les droits qu'il n'a plus en réalité. Cette opinion se rapproche évidemment le plus de la vérité, mais ne va pas assez au fond de la question.

La définition de la propriété, pour être distinguée des droits réels restrictifs, doit être faite d'après trois points de vue principaux, celui de la *personnalité*, celui de la *substance* ou de l'essence d'une chose, et celui du *but* de la chose. La propriété est à cet égard: le *pouvoir de droit d'une personne sur une chose d'après tous les buts rationnels d'utilité pos-*

sibles, inhérents à sa substance[1]. D'abord, la propriété reçoit son empreinte principale de la personnalité, qui, étant un pouvoir libre, exige aussi, dans ses rapports avec les choses, qu'il y ait pour son action une latitude dans laquelle elle puisse se mouvoir librement à l'effet de poursuivre, à son choix, dans cet objet, l'un ou l'autre des buts rationnels qu'il comporte d'après sa nature. Ensuite, la propriété a sa base dans la substance ou le fonds permanent d'utilité d'une chose, parce que la substance est la raison de possibilité d'exercer tous les droits convenables sur un objet. Ce n'est pas la substance comme telle qui constitue la propriété, car celle-ci ne se rapporte toujours qu'aux utilités qu'une chose présente, et qui peuvent aussi consister dans sa consommation. Il n'y a donc pas de nue-propriété *(nuda proprietas)*, telle que plusieurs législations l'ont établie par une abstraction erronée entre la substance et ses utilités, parce qu'une personne qui ne tirerait d'une chose aucune utilité, soit pour le présent, soit éventuellement à l'avenir, n'aurait qu'un droit chimérique. Aussi le bon sens pratique n'a jamais admis une telle propriété, parce que, dans les cas de soi-disant nue-propriété, le propriétaire a toujours certains droits actuels ou éventuels. Mais, précisément, les droits éventuels ne sont possibles que par la durée de la chose et le rapport durable du propriétaire avec elle. Au contraire, les droits réels restrictifs, ne se rapportant pas de leur nature au fonds substantiel, limitant seulement

[1] La notion de substance se trouve dans quelques définitions de la propriété. Le code autrichien dit, § 254: «Considérée comme droit, la propriété est le droit de disposer librement de la substance et des utilités d'une chose et d'en exclure tout autre,» et le code prussien, I, 8, 1: «Propriétaire est celui qui a le droit de disposer de la substance d'une chose ou d'un droit, à l'exclusion d'autrui, de son propre pouvoir, par lui-même ou par d'autres.» Le code français, art. 544, n'a pas adopté le terme de substance pour la définition de la propriété (v. § 64). Par substance il ne faut pas seulement entendre une chose corporelle, mais aussi une chose incorporelle. Un droit, considéré dans son essence, renfermant bien des applications, peut être appelé substance, comme dans le code prussien. Nous avons déjà fait remarquer que, dans les codes modernes, la notion est aussi étendue à des droits permanents d'obligation (p. 210).

l'exercice de la propriété, soit pour un but *déterminé*, soit pour un certain temps ou une certaine personne, laissent intact le *pouvoir*, non actuel, mais *virtuel*, par lequel le propriétaire peut rentrer dans la plénitude de ses droits. Si le propriétaire était limité dans ses droits par rapport au fonds permanent d'un objet, il y aurait propriété divisée (§ 62). Enfin, la propriété doit être déterminée d'après le genre d'utilités auquel elle se rapporte. Il s'ensuit, d'un côté, que, dans les cas où il y a plusieurs genres d'utilités possibles dans le même objet, cet objet peut appartenir dans la propriété divisée à plusieurs propriétaires, et, d'un autre côté, que l'objet même peut être déterminé et circonscrit par le but. C'est ainsi que l'agriculteur a la propriété du sol pour autant qu'elle est essentielle pour le but d'une bonne exploitation; mais sous la superficie il peut y avoir, pour l'exploitation des mines, une propriété du fonds appartenant à un autre.

§ 61.

DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ.

Le droit de la propriété est encore généralement confondu avec la propriété elle-même ou la propriété juridique. Mais cette dernière désigne seulement le rapport de pouvoir d'une personne sur une chose, tel qu'il est réglé par le droit. Or, c'est précisément ce règlement préliminaire que le droit de la propriété doit opérer, selon tous les rapports essentiels des personnes et des choses. Par ce droit, la propriété est mise en rapport avec tout l'ordre social, avec tous les principes économiques et moraux si importants pour les modes d'acquisition et l'usage de la propriété. Ce droit de propriété peut être envisagé lui-même d'un double point de vue, d'un côté en tant qu'il règle les rapports de propriété dans les intérêts moraux et économiques de la *société* (§ 64), et d'un autre côté en tant qu'il règle ces rapports dans l'intérêt privé. Le droit de la propriété en général est l'ensemble

des conditions dont dépend l'acquisition et, au besoin, la revendication, la disposition, la jouissance et la fin de la propriété. Quand le rapport d'une personne à une chose *est réglé* conformément à des conditions qui constituent le droit général objectif de la propriété, alors seulement cette personne a la propriété de droit ou le pouvoir juridique sur cette chose. Ce pouvoir est la conséquence du juste règlement, selon tous les rapports principaux.

Envisagé du point de vue privé, le droit de propriété peut encore être distingué en droit *externe* embrassant les rapports externes d'une personne à une chose dont elle n'a pas encore le pouvoir, ou dont elle n'a plus ou ne veut plus avoir le pouvoir, et en droit *interne*, qui découle du pouvoir existant ou de la possession de la chose. Le droit *interne* comprend la *jouissance* et la *disposition* de la propriété pour le *but* de la propriété, la satisfaction libre des besoins. Le droit *externe* comprend 1° le droit d'*acquérir* une propriété par les moyens et selon les formes reconnues en justice; ce droit évidemment ne découle pas de la propriété même, mais fait partie du droit général de propriété, compète à toutes les personnes de l'ordre social et traite aussi des justes moyens d'obtenir les biens matériels; 2° le droit à la possession *(jus possidendi)*, qu'il ne faut pas confondre avec le droit de la possession *(jus possessionis)*, provenant du fait de celui qui possède; quand on a acquis le droit de propriété, par exemple par la vente, on a droit à la possession et par conséquent à la livraison de la chose, mais on ne possède pas encore, et en réalité on n'a pas la propriété, mais seulement un droit (externe) de propriété; 3° le droit de *revendication* de la chose dont on a perdu la possession; ce droit, presque absolu dans le droit romain, a été justement soumis à des restrictions dans le droit germanique et dans les codes modernes; 4° enfin le droit d'*aliéner* la propriété.

En distinguant entre le droit externe et le droit interne de la propriété, on doit résoudre négativement la question de savoir si

les droits de revendication et d'aliénation sont des conséquences qui découlent de l'existence même de la propriété. Cette distinction résout également la controverse si un contrat, par exemple la vente, confère déjà la propriété, ou s'il faut en outre la mise en possession par tradition. Le contrat ne confère pas encore la propriété, mais seulement un droit externe ou un droit à la propriété.

§ 62.

DES DIVERSES ESPÈCES OU DES FORMES DE LA PROPRIÉTÉ.

La propriété peut exister sous plusieurs formes, sur lesquelles il y a cependant une grande divergence d'opinions parmi les jurisconsultes. En général, il y a aujourd'hui une tendance prédominante dans la jurisprudence (du moins en Allemagne) à romaniser le droit, c'est-à-dire à ramener toutes les notions et toutes les institutions du droit à des principes du droit romain, et à construire les rapports juridiques surtout par le principe du pouvoir (t. I, p. 250). Cette tendance est un reflet de l'esprit général de l'époque dont l'atmosphère est saturée de ces idées de puissance, qu'on tend à réaliser dans l'intérieur des États et de nation à nation. Dans le même esprit, on a voulu déterminer, dans les derniers temps, la notion de propriété uniquement par le principe du *pouvoir* de volonté; et la volonté étant *une*, n'admettant pas de partage, on a soutenu qu'il n'y avait au fond qu'une seule espèce de propriété, la propriété exclusive d'une personne, soit physique, soit juridique; que même dans la co-propriété du droit romain *(condominium)*, chacun avait la propriété exclusive de sa part idéelle, et que les formes dites germaniques de la propriété, la propriété commune *(Gesammteigenthum)* et la propriété divisée, devaient être ramenées, l'une à la propriété d'une personne juridique ou à la co-propriété, l'autre à une

propriété limitée par des droits restrictifs. Mais cette opinion fausse complétement les institutions qui se sont établies depuis le christianisme chez plusieurs nations modernes, dans un esprit et pour des rapports bien éloignés du génie du peuple romain et de son droit civil. Les peuples modernes vivant, non de la conquête, mais du travail, ont senti fortement le besoin d'un ordre stable pour la propriété, surtout dans l'ordre agricole, et c'est ce besoin d'une attache plus forte de l'homme au sol et des hommes entre eux, qui a fait naitre, aussi pour le but de l'agriculture, les diverses formes de la propriété divisée et la propriété commune. La propriété divisée a généralement perdu aujourd'hui sa raison d'existence, mais la propriété commune peut recevoir de nouvelles et bienfaisantes applications. La jurisprudence positive n'a pas su comprendre ces deux espèces de propriété, parce qu'elle fait abstraction du *but* de la propriété d'après lequel se détermine la propriété divisée, et qu'elle ne comprend pas le caractère *organique* constituant la propriété commune.

Examinons maintenant les espèces principales de la propriété d'après les principes par lesquels elles sont déterminées. Comme toute classification doit se faire d'après les principaux éléments constitutifs d'une notion, nous obtenons, par rapport aux *personnes*, à la *chose*, au *but* et au *pouvoir*, les espèces suivantes de la propriété:

1° D'abord, par rapport à l'*objet* ou à la chose considérée en tout ou en partie, c'est-à-dire d'après la *quantité*, nous obtenons deux formes, la propriété *exclusive* et la *co-propriété* (condominium), selon qu'une personne (physique ou juridique) possède les droits de propriété sur *toute* la chose ou seulement sur une *partie* idéelle, quantitativement déterminée; la chose se trouve alors idéalement, mais quantitativement partagée entre plusieurs personnes (physiques ou morales) et chacune en possède une quote-part ($^1/_2$, $^1/_3$, $^1/_4$, etc.). Le co-propriétaire a tous les droits contenus dans la propriété, mais il ne peut les exercer que par rapport à une

partie déterminée. La co-propriété peut encore être considérée sous deux faces, selon qu'elle est destinée à être divisée en réalité (par exemple quand une chose est léguée à plusieurs et que, par la vente, chacun en reçoit sa part) ou qu'elle sert de fonds commun pour un but commun, comme dans une société en actions.

2° Sous le rapport de la *différence qualitative* des *buts* qui peuvent être poursuivis dans une propriété, elle est *pleine* et complète, ou incomplète et *divisée*, dans le sens technique de ce mot. La propriété est pleine quand les droits de propriété appartiennent, sous *tous les rapports*, à une personne physique ou juridique. La propriété divisée existe lorsque plusieurs personnes ont, par rapport à la même chose *entière*, la propriété partagée, non pas par rapport au fond de la chose, mais qualitativement pour des *buts* ou des groupes de buts *différents*. Quand, par exemple, un père lègue en propriété à deux fils un cheval, à cet effet que l'un s'en serve pour la promenade, l'autre en temps de moisson, pour la récolte, il y a propriété divisée d'après des buts différents, chacun des propriétaires ayant l'objet en entier pour des buts distincts. La jurisprudence a toujours eu de la peine à bien comprendre ce genre de propriété, parce qu'elle a fait abstraction du but. C'est ainsi qu'on a voulu voir dans la propriété divisée un partage de droits entre les divers propriétaires, de telle sorte que l'un aurait le droit de disposer de la chose et l'autre le droit d'en jouir, ou, comme on a souvent dit, que l'un aurait le droit sur la substance, l'autre le droit aux utilités, combiné avec un droit sur la substance. Mais partout où il y a un propriétaire, il doit posséder tous les droits essentiels contenus dans le droit de propriété; sinon on ne pourrait plus parler de propriété. Il se peut toutefois que l'un des propriétaires exerce certains droits d'une manière *prédominante* pour un *but* différent, et un second d'autres droits pour un autre but; il se peut encore que les uns se rapportent plus à une possibilité future et les autres

à la réalité actuelle. L'histoire nous présente plusieurs espèces principales de la propriété divisée, comme dans le *fief* et dans l'*emphytéose* (du droit germanique); le fief est constitué, du côté du seigneur, pour un but d'ordre politique, mais dans le fief, comme dans l'emphytéose, le seigneur a, outre certains droits formels de disposition, une utilité quelconque, des services, un droit de reconnaissance, et surtout des droits par rapport à des éventualités futures, par exemple le droit de consolidation ou de confusion, tandis que l'autre propriétaire, le vassal, l'emphytéote, possède principalement la propriété pour la cultiver, l'utiliser, sans néanmoins être privé des autres droits essentiels. Ainsi dans la propriété divisée, il n'y a pas de division quantitative en quotes-parts, mais une division qualitative, selon la prépondérance dans l'exercice de certains droits pour des buts différents. Du reste, ces formes de la propriété sont aujourd'hui presque partout abolies, et ne présentent, dans leurs modes anciens, aucune utilité pour une application future; ce qu'elles avaient de bon se retrouve dans la propriété commune, collective.

3° D'après le *pouvoir* du propriétaire, la propriété est *illimitée* ou *limitée*. La limitation consiste dans la restriction apportée à l'*exercice* du pouvoir actuel sur la propriété par des droits qui compètent à une personne autre que le propriétaire. Mais le propriétaire conserve le pouvoir *virtuel* par la possibilité de dégager sa propriété de toutes les charges imposées par ces droits restrictifs.

4° D'après la nature des *personnes*, on distingue:

a. La propriété individuelle (des personnes *physiques).*

b. La propriété des personnes *morales* ou juridiques.

Cette dernière espèce, combinée avec l'une ou l'autre des formes précédentes, se présente de nouveau sous trois faces:

α. La propriété peut appartenir exclusivement à la personne idéale juridique comme telle; telle est l'*universitas personarum* du droit romain. Cette personne, conçue dans son *unité* idéale, a donc seule le droit de propriété, tandis

que les membres particuliers dont elle se compose n'ont qu'une jouissance temporaire, sans véritable droit. Aussi quand la personne morale cesse d'exister, la propriété n'est pas partagée entre les membres particuliers, elle échoit à l'État. Le type de ce genre de personnes juridiques est une fondation *(pia causa)* comme un hospice, etc., où ceux qui y sont traités en jouissent, sans avoir un droit.

β. La propriété de la personne juridique ou morale peut être divisée entre les divers membres en *quotes-parts*, selon les principes de la *co-propriété.* Les membres particuliers sont alors co-propriétaires. Cette espèce de propriété se rencontre le plus souvent dans les sociétés industrielles et commerciales. C'est ainsi que, dans une société anonyme, les vrais propriétaires sont les actionnaires; toutefois l'avoir commun constitue une unité sociale représentée par l'administration, et dans l'unité de ce fonds commun se manifeste l'existence de la personne juridique, dont le caractère est bien déterminé par le principe du droit romain: *Quod universitati debetur, singulis non debetur, nec, quod debet universitas, debent singuli* (l. 7, § 1. D. 3, 4); toutefois les propriétaires sont les actionnaires *(singuli)* dont l'administration constituée et contrôlée par eux fait seulement valoir les droits communs.

γ. Enfin la propriété de la personne juridique peut être *commune, collective (Gesammteigenthum)*, dans le sens technique du mot. Cette espèce de propriété réunit dans une unité supérieure les deux formes précédentes, de telle manière qu'il y a à la fois un droit de propriété pour la personne juridique conçue dans son unité représentant non seulement les membres actuels, mais soignant aussi les intérêts de tous les membres futurs, et un droit de propriété pour tous les membres particuliers; ceux-ci n'ont pas de purs droits restrictifs, ils ne sont pas de simples usufruitiers ou usagers, mais ils ont un véritable droit de propriété sur la chose. La propriété collective est la vraie propriété organique, parce que le tout et les parties y sont pénétrés du même principe, comme dans tout organisme, et ont, pour des buts

semblables, des droits analogues. Dans l'histoire, nous la rencontrons dans le droit féodal, quand plusieurs personnes sont investies conjointement, de même dans la propriété de la famille sur les biens de fondation *(Stammgüter)* et dans la propriété de beaucoup d'anciennes jurandes et corporations; elle est fréquente dans les institutions du droit germanique, particulièrement dans les communautés de famille agricoles, qui aujourd'hui encore sont en vigueur chez plusieurs peuples slaves. Le type d'une telle propriété commune est actuellement encore la propriété d'une commune urbaine ou agricole. La commune, comme personne juridique permanente, a le droit permanent de propriété, qu'elle doit aussi soigner pour les générations suivantes, mais les membres de la commune ne sont pas de simples usagers, ils ont un véritable droit, qui peut aussi se réaliser lors du partage; car ce n'est pas à l'État qu'échoit la propriété, comme dans la propriété de la personne juridique, mais elle est partagée réellement entre les membres. Les membres d'une telle personne juridique ont donc tous un droit de propriété généralement latent, mais susceptible, dans certains cas, d'être réalisé de différentes manières, soit lors de la dissolution de la communauté, où le droit de chacun est évalué selon des vues et des circonstances diverses, soit lors du partage des biens de la commune (comme il est fait pour les pâturages dans beaucoup de pays), soit lorsque des membres sortent librement de la communauté de famille agricole, par exemple lors de leur mariage; ils reçoivent alors une part, non pas en biens-fonds, mais en argent, déterminée d'après certaines règles, eu égard à l'état actuel de fortune de la communauté. La propriété collective n'est donc pas une co-propriété, puisqu'il n'y a pas de quantités ou quotes-parts idéelles déterminées dès le principe pour les divers membres, mais des parts dont la valeur se mesure d'après les utilités que les membres tirent sous divers rapports de la communauté, et qui seulement, lors de la dissolution, doivent être évaluées en proportions quantitatives.

L'esprit moderne de liberté individuelle n'est guère favorable à la conservation de pareilles propriétés collectives; les économistes demandent le partage de ces biens dans l'intérêt d'une meilleure culture et de la circulation des richesses. Il faut convenir aussi que les communautés de famille agricoles sont aujourd'hui, comme beaucoup d'autres institutions, atteintes dans leur base morale, que les abus s'y sont glissés à peu près de la même manière que dans la grande communauté sociale, que les chefs surtout se sont arrogé des droits qu'ils n'auraient dû exercer que sous le contrôle et du consentement de la communauté. Toutefois, quand même ces communautés devraient disparaître dans leur forme actuelle, là où elles existent encore, elles renferment, surtout comme communautés de famille agricoles, des germes précieux d'une combinaison de la propriété individuelle avec la communauté. Elles peuvent encore recevoir de larges développements sous d'autres formes et obtenir une application dans tous les domaines du travail social, exécuté par des individus et par des communions de famille plus ou moins grandes, unies pour la production, pour la consommation, et en général pour la poursuite de buts communs.

5° Il y a enfin le droit éminent de propriété de l'État (*dominium eminens*, *jus eminens*) par rapport à toutes les propriétés privées. Ce droit est aujourd'hui contesté par la plupart des jurisconsultes positifs, qui n'y veulent voir qu'une restriction que l'État peut apporter à la propriété, à son assiette et aux modes de son acquisition, de son transfert, de son exploitation et de son usage. L'État, sans doute, ne crée pas le droit de propriété et ne peut pas l'abolir; cependant il exerce un droit permanent sur la substance des propriétés, d'une manière formelle par la *protection*, par la *garantie* et par le *règlement* de l'exercice de la propriété, et d'une manière matérielle par la part qu'il y prend pour le but social, c'est-à-dire par l'*impôt*, et, dans certains cas, par

le droit d'*expropriation* pour cause d'utilité publique. Ce droit de l'État représente éminemment l'élément social de la propriété. Mais, de même que la personnalité ne doit pas être absorbée par la société, de même le droit individuel de propriété ne se perd pas dans le droit social. Par cette raison, on ne peut pas dire avec Rousseau, formulant en contre-partie pour la société le droit que l'absolutisme despotique de Louis XIV s'était attribué à lui-même, que «la société est le propriétaire universel et souverain de tout ce qui est possédé par ses membres», opinion qui mène droit à l'absolutisme du socialisme politique. Sans doute, les individus passent, ils naissent et périssent et leur droit de propriété est passager comme eux; mais, dans la société humaine, la personnalité reste le fondement sur lequel s'établit aussi la propriété individuelle. La société est le propriétaire *permanent* de ces choses qui forment le fonds commun ou social; elle établit le lien organique entre les propriétés des diverses générations; elle détermine le mode de transmission et de succession, et, sous plusieurs rapports, les conditions d'exploitation de la propriété privée. Le droit d'intervention que nous attribuons à l'État a été en réalité toujours reconnu et exercé soit directement, soit indirectement par des lois qui atteignaient le même but. En présence d'un individualisme de plus en plus envahissant, où le moi se regarde comme le maître absolu dans le domaine des biens matériels, il importe d'insister sur les liens organiques qui rattachent l'individu à l'ordre public et lui imposent des obligations dans l'intérêt général.

Telles sont les espèces principales de la propriété. Ces espèces se laissent encore différemment combiner entre elles partout où les formes ne s'excluent pas. C'est ainsi que la propriété pleine et la propriété divisée peuvent être l'une et l'autre illimitées ou limitées, car toutes deux peuvent être libres ou grevées de servitudes et d'hypothèques; de même elles peuvent appartenir à une personne physique ou mo-

rale, etc., et toutes les propriétés sont pénétrées, comme par l'effet d'un nerf qui les attache au centre, du droit éminent, que l'État fait valoir tant pour son propre but que dans l'intérêt de tout l'ordre social.

§ 63.

DES MODES PRINCIPAUX D'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ.

Nous avons déjà envisagé les modes d'acquisition de la propriété, selon qu'ils se fondent sur un acte individuel ou social. Mais il y a une autre classification, faite au point de vue de l'actualité pratique, que nous devons encore considérer. Disons d'abord, comme principe général, que tous les modes sont justes en tant qu'ils sont conformes aux conditions générales, sous lesquelles chacun peut acquérir des biens matériels sans léser l'intérêt commun et les droits particuliers.

Les modes d'acquisition de la propriété se divisent en modes *originaires* ou primitifs et en modes *dérivés*. Les modes primitifs sont ceux où la propriété est acquise d'une manière indépendante du droit d'un autre; les modes dérivés, ceux où l'acquisition dépend du droit d'un autre. L'acquisition dérivée s'appelle en général succession; elle est ou singulière *(in singulas res)*, ou universelle *(in universum jus personæ)*. Dans les deux espèces de l'acquisition originaire et dérivée, il faut encore distinguer si le *fait* de l'acquisition consiste dans des *actes de possession*, ou dans d'*autres circonstances* indépendantes de pareils actes. D'après cela, on peut présenter l'esquisse suivante:

I. L'acquisition *originaire* ou primitive se fait en deux manières:

A. *Sans actes de possession:*

a. Par le *travail*, par lequel nous produisons ou *immédiatement* de nouveaux biens dans des choses qui nous appartiennent, ou *médiatement*, quand l'objet, immédiatment

produit, a eu lui-même la destination de servir seulement de moyen pour acquérir la propriété, comme cela se montre dans le travail d'auteur ou dans la propriété dite intellectuelle (§ 66). Le mode d'acquisition par le travail est aujourd'hui le plus important; le droit romain n'en tient guère compte, parce que le peuple romain n'était pas un peuple travailleur; aussi le droit romain est-il tout à fait insuffisant pour régler les rapports de travail dans l'ordre agricole ou industriel, et encore moins dans l'ordre intellectuel pour le travail d'auteur.

b. L'acquisition de la propriété peut être l'effet de ce qu'une chose ou *provient* de notre chose ou s'y unit de manière à ne faire qu'une avec elle; on appelle ce rapport l'*accession;* il peut s'opérer de diverses manières (d'une chose immobilière à une chose immobilière ou mobilière, d'une chose mobilière à une chose mobilière), mais il suppose qu'une chose soit le principal et l'autre l'accessoire; quand les deux choses se trouvent dans un égal rapport entre elles, il y a *commixtion* ou *confusion.* Le droit romain détermine différemment les droits, par exemple ceux de dédommagement, de l'ancien propriétaire.

B. *Par actes de possession,* dans deux cas principaux:

1° Par occupation ou appropriation de choses *sans maître*;

2° Par acquisition de la propriété de la chose d'*autrui*, avec prise de possession.

a. Par la *culture* de terres laissées incultes (de l'*ager desertus* en droit romain) sous de certaines conditions;

b. Par la *spécification*[1] ou transformation d'une chose appartenant à un autre, au moyen du travail, de l'art, de l'industrie, de telle sorte que l'ancienne matière ne se laisse

[1] On entend souvent par spécification le *travail* en général, qui transforme une chose dans une nouvelle espèce; mais il vaut mieux réserver le nom de spécification à cette espèce de travail qui s'opère sur une chose appartenant à autrui; les Romains disaient: *ex aliena materia speciem aliquam facere.*

pas rétablir ou n'a, par rapport à la nouvelle forme, qu'une importance subordonnée; les rapports juridiques entre l'ancien propriétaire et le spécificateur sont déterminés dans le droit positif selon diverses circonstances;

c. Par l'*usucapion;* c'est une acquisition originaire, car si l'on acquiert par là la propriété d'autrui, on ne fait pas dériver son droit du droit d'un autre, mais immédiatement de la loi qui l'a établie.

II. L'acquisition *dérivée*, la plus importante dans la vie pratique, se fait de deux manières:

A. *Médiatement*, par acquisition de la *possession*, dans deux cas:

1° Par *tradition*, sous la condition qu'il y ait juste cause (*justa causa*) pour la tradition, et capacité pour transférer la propriété et pour l'acquérir;

2° Par l'*acquisition* de *fruits*, dérivée du propriétaire.

B. *Immédiatement*, sans acquisition préalable de la possession;

a. Par l'*adjudication* publique;

b. Par *jugement;*

c. Par suite d'autres rapports juridiques, particulièrement par la succession héréditaire.

§ 64.

DES PRINCIPES GÉNÉRAUX QUI RÈGLENT LE DROIT DE PROPRIÉTÉ DANS L'INTÉRÊT SOCIAL.

Les définitions du droit de propriété données par les lois positives concèdent généralement au propriétaire le pouvoir de disposer de sa chose d'une manière presque absolue, d'en user et d'en abuser, et même de la détruire par caprice[1];

[1] Le droit romain donne au propriétaire le *jus utendi et abutendi*; d'après le code autrichien (11, 2, § 362), il a la faculté de détruire arbitrairement ce qui lui appartient. Le Code Napoléon, qui définit la propriété «le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements», a fait intervenir, par cette restriction, l'intérêt social.

mais ce pouvoir arbitraire n'est pas conforme au droit naturel, et les législations positives, cédant à la voix du bon sens et à des raisons d'intérêt social, ont été obligées elles-mêmes d'établir de nombreuses restrictions, qui, examinées au point de vue philosophique du droit, sont les conséquences de principes rationnels auxquels le droit de propriété et son exercice sont soumis.

Les principes qui régissent socialement le droit de propriété, ont rapport au fond et à la forme.

I. Quant au fond, on peut établir les règles suivantes:

1° *La propriété existe pour un but et pour un usage rationnels;* elle est destinée à satisfaire les divers besoins de la vie humaine; par conséquent, *tout abus*, *toute destruction arbitraire, sont contraires au droit* et doivent être défendus par la loi. Mais pour ne pas donner une fausse extension à ce principe, il importe de rappeler que, d'après le droit personnel, ce qui se fait dans la sphère de la vie privée et familiale ne tombe pas sous l'application de la loi publique. Il faut donc que l'abus soit public pour que la loi puisse l'atteindre. C'est aux législations réglant les divers genres de propriété agricole, industrielle, commerciale, ainsi qu'à la législation pénale, de déterminer les abus qu'il importe de défendre; et, en réalité, les législations ainsi que les lois de police ont toujours spécifié un certain nombre de cas d'abus[1]. D'ailleurs tout emploi abusif porte préjudice à la société, parce qu'il est de l'intérêt public que la chose donne au propriétaire les avantages ou les services qu'elle comporte[2].

[1] Napoléon, lors de la discussion de l'art. 544, qui définit la propriété, avait énergiquement exprimé la nécessité de réprimer les abus. «L'abus de la propriété, dit-il, doit être réprimé toutes les fois qu'il nuit à la société. C'est ainsi qu'on empêche de scier les blés verts, d'arracher les vignes renommées. Je ne souffrirais pas qu'un particulier frappât de stérilité vingt lieues de terrain dans un département fromenteux, pour s'en former un parc. Le droit d'abuser ne va pas jusqu'à priver le peuple de sa subsistance.» Ce principe, formulé si nettement, autoriserait évidemment l'État à défendre certains modes d'exploitation des propriétés qui seraient contraires à l'intérêt public.

[2] Le droit romain dit dans ce sens, § 2, I, *de patr. pot.* 1, 8: *Expedit*

2° *Le propriétaire qui manque d'intelligence, de bonne volonté ou de moyens suffisants pour utiliser sa propriété* ou pour lui faire porter les fruits qu'il est permis d'en attendre, *peut être obligé, par l'État, à céder cette propriété moyennant une juste indemnité,* afin qu'elle puisse, en d'autres mains, être plus utile à la société[1]. Ce principe s'applique surtout aux propriétés agricoles, dont la bonne exploitation intéresse l'alimentation de la société. L'État n'a pas seulement le droit d'exiger que des terres susceptibles de culture soient exploitées, mais aussi celui de prendre toutes les mesures d'intérêt public qui sont conformes aux principes d'une bonne exploitation agricole.

3° *La propriété privée doit être cédée moyennant une juste indemnité, quand l'intérêt social en exige le sacrifice.* Ce principe d'*expropriation* pour cause d'utilité publique est aujourd'hui expressément reconnu dans presque toutes les législations modernes, et en réalité il a toujours été pratiqué, quoique souvent on n'ait pas respecté le droit individuel, en accordant une juste et préalable indemnité à ceux dont la propriété était sacrifiée au bien social. Les législations de peuples civilisés conservent même, par des raisons spécieuses, le principe injuste qui fait supporter aux propriétaires les dévastations ou les pertes que la guerre a causées; mais la justice exige que les pertes qui arrivent par un fait social soient aussi réparées par la société.

4° *L'État doit prendre les mesures positives favorables à*

enim reipublicæ ne sua re quis male utatur. Leibniz étend encore ce principe du droit romain, en disant (*De notionibus juris,* etc.): «*Cum nos nostraque Deo debeamus, ut reipublicæ, ita multo magis universi interest ne quis re sua male utatur.*»

[1] Le droit romain rendait propriétaire celui qui, par une culture biennale, avait rendu le *desertus ager* à sa destination. Le code autrichien oblige le propriétaire à cultiver ou à vendre. En Angleterre et en Belgique (par une loi votée en février 1847), les communes peuvent être expropriées par l'État, quand elles ne défrichent pas elles-mêmes les terres qui leur appartiennent. Les mêmes principes seraient applicables aux particuliers qui ne voudraient ou ne pourraient cultiver eux-mêmes leurs terres.

l'acquisition de la propriété, que le droit public et l'économie politique ont à développer plus spécialement.

II. Par rapport à la *forme* de la propriété, l'État doit la garantir, et à cet effet exiger que la propriété et les droits particuliers qu'elle contient, et qui peuvent être concédés et possédés séparément, soient inscrits dans un *livre public de la propriété*. Ce livre est destiné à maintenir la sécurité des transactions sociales et à être consulté par tous ceux qui ont intérêt à connaître l'état d'une propriété rurale ou urbaine, douée d'un caractère public. C'est à la politique administrative de rechercher le meilleur système de publicité ou d'intabulation de la propriété et de tous les droits ou faits juridiques qui s'y rapportent[1].

§ 65.

DES DROITS RÉELS PARTICULIERS (JURA IN RE ALIENA).

La notion que nous avons établie de la propriété nous permet de déterminer plus nettement la nature des droits réels particuliers. Beaucoup d'auteurs ont conçu ces droits, et spécialement les servitudes, comme naissant d'un démembrement de la propriété, comme des éléments détachés de ce droit et concédés à d'autres personnes. Mais le *droit* de propriété ne peut perdre aucun des éléments qui y sont contenus; sinon il cesserait d'être ce qu'il est et deviendrait un autre droit; seulement l'*exercice* du droit de propriété peut être limité ou restreint de telle sorte que le propriétaire soit tenu, pour l'avantage d'un autre, à ne pas faire ou à souffrir quelque chose par rapport à sa propriété. Mais le propriétaire possède en essence le droit même qui compète à un autre; ce droit reste *virtuellement* ou en puissance dans

[1] D'autres restrictions peuvent être imposées à la propriété par des mesures de *police* concernant la santé (défense d'habitations insalubres), les incendies, les bâtisses, etc.

son droit de propriété, et dans bien des servitudes il peut être exercé par le propriétaire concurremment avec celui qui a la servitude; quand la restriction cesse, par exemple, par l'extinction de la servitude, le propriétaire rentre immédiatement, par consolidation, dans le plein exercice de son droit, semblable à un homme chargé qui, débarrassé de son fardeau, regagne toute sa force. Les droits restrictifs se divisent en droits matériels constituant une utilité réelle, et droits formels de sécurité, comme le gage et l'hypothèque.

1° Les *servitudes* sont les droits restrictifs les plus importants; ils ont leur raison d'existence dans les utilités qu'une chose qui appartient à l'un peut aussi avoir pour d'autres; elles sont servitudes prédiales, urbaines ou rurales, quand le but direct est de procurer une utilité pour un fonds déterminé et par là à quiconque le possède, ou servitudes personnelles, comme l'usufruit, l'usage, l'habitation, quand elles sont liées immédiatement à une personne déterminée.

2° L'*emphytéose* (du droit romain) ou le droit concédé héréditairement de cultiver un fonds de terre et d'en jouir de la manière la plus étendue, moyennant une rente à payer au propriétaire, ne fut établi à Rome que sous les empereurs, pour faire mieux utiliser les fonds agricoles, et surtout leurs fonds propres, en attachant d'une manière durable l'intérêt du cultivateur à ces fonds; ce droit est tellement distinct des autres droits réels particuliers, que la jurisprudence romaine, si elle avait pu comprendre la propriété divisée (§ 62, n° 2), aurait dû la ranger sous cette catégorie, sous laquelle l'emphythéose du droit germanique doit être placée. Il en est de même du droit de *superficie* (superficies) ou du droit d'user et de jouir d'un bâtiment construit sur le sol d'une autre personne, que le droit romain, frisant ici l'absurde, considère aussi comme propriétaire du bâtiment.

Le droit de *gage* et d'*hypothèque*, constitué à l'effet d'assurer l'exécution de l'obligation d'un créancier sur une chose mobilière (gage, *pignus*) ou immobilière (hypothèque), est

devenu, comme droit d'hypothèque, dans la forme du droit romain, une grande calamité sociale pour l'agriculture[1]. Très vicieux qu'il était sous le rapport formel, ce droit est maintenant réformé par les principes de publicité et de spécialité; sous le rapport matériel, il doit recevoir des modifications essentielles par des associations de crédit.

Plusieurs législations ont étendu la notion de droit réel à des droits personnels d'obligation, quand ces droits, comme par exemple le bail de louage et de fermage, sont inscrits dans les livres publics, et qu'on peut aussi les faire valoir contre des tierces personnes.

CHAPITRE IV.

---

§ 66.

DU DROIT D'AUTEUR OU DE LA PROPRIÉTÉ DITE INTELLECTUELLE.[1]

La question de droit concernant les œuvres d'esprit représentées dans un objet matériel, est restée, jusqu'à ce jour, très-controversée, parce qu'on a voulu la résoudre d'après des principes romains de propriété, tout-à-fait insuffisants en cette matière. Le génie du peuple romain, porté à la domination et à la conquête, et non au travail, a bien créé un droit d'acquisition des choses et de transactions, mais non un droit de pro-

[1] Voir M. Roscher, *System der Volkswirthschaft*, t. 2, § 130. M. Roscher dit avec raison que c'est le «*droit d'hypothèque dégénéré* de *l'antiquité en décadence*» qui, par suite de la réception du droit romain, fut introduit, malgré la résistance des diètes et du peuple. Le rédacteur du Code Napoléon reprochait au droit moderne d'hypothèque de déprimer l'âme de tout crédit, le crédit personnel. V. *Journal des Écon.*, nov. 1850. V. Roscher, l. c.

duction ou de travail; encore moins pouvait-il créer un droit de travail intellectuel, dont le domaine d'action fut si largement étendu, par suite de l'invention des moyens de rapide multiplication, par l'imprimerie et par les machines en général. Cependant, quand on a bien compris le droit comme un principe de vie appelé à se développer avec les rapports nouveaux, à rendre possible et à entourer de sa protection la poursuite de tous les buts légitimes de l'homme, on parviendra sans difficulté à trouver le juste titre pour une création des temps modernes à laquelle le droit positif n'a pas encore su donner un nom civil, et à déterminer les rapports essentiels sous lesquels elle doit être envisagée. Quand la science fait défaut, la société suit son instinct naturel de droit, et la conscience sociale a depuis longtemps provoqué des mesures de protection pour un auteur, tout en montrant une invincible répulsion à considérer le droit d'auteur comme une propriété semblable à la propriété matérielle, et transmissible indéfiniment par droit de succession. C'est ainsi que, d'abord, ce droit d'auteur fut protégé par des priviléges accordés à l'imprimeur contre la contrefaçon; plus tard, au milieu du siècle dernier, on cherchait à le concevoir directement comme un droit de l'auteur lui-même, et alors se présenta la notion de propriété comme la première catégorie à laquelle on pût songer à le ramener. Bien des essais ont été tentés pour revendiquer à ce droit le caractère de propriété, et pour qualifier la contrefaçon comme un véritable vol, mais cette opinion n'a cessé de rencontrer des adversaires, dont les uns niaient le caractère de propriété et soutenaient la légitimité de la contrefaçon, les autres cherchaient, pour le droit d'auteur, un fondement en dehors du droit de propriété. Aujourd'hui on est généralement d'accord à réprouver la contrefaçon; mais comme plusieurs écrivains, surtout ceux qui ne sont pas jurisconsultes, revendiquent au droit d'auteur le titre de propriété et en réclament la transmission indéfinie par héritage, il importe de présenter le droit

d'auteur dans son vrai caractère et de montrer, même dans l'intérêt de la culture sociale, sa différence avec la propriété et l'injustice qu'il y aurait d'y attacher l'hérédité.

Envisagé d'après les principes que nous avons développés, *le droit d'auteur n'est pas en lui-même une propriété, mais un droit ou un mode juste d'acquérir la propriété par le travail intellectuel* manifesté dans un objet matériel. Ce travail diffère du travail ordinaire en ce qu'il ne produit pas immédiatement la propriété qu'on a en vue, mais que l'objet matériel est le moyen ou sert de véhicule pour faire gagner à l'auteur une rémunération qui devient sa propriété.

Le droit d'auteur ne peut pas être compris en lui-même comme une propriété, quand on ne change pas arbitrairement cette notion, en ne tenant aucun compte du but pour lequel toute véritable propriété existe. Pour concevoir ce droit comme une propriété, on l'a présenté, la plupart du temps, comme le produit d'une espèce de *spécification*. Car on est généralement d'accord que les idées générales formant le fonds d'une œuvre de science ou d'art n'appartiennent à personne, qu'ils sont des biens communs dans le monde spirituel, comme le sont les forces et les éléments dans l'ordre de la nature. Mais, remarque-t-on avec raison, les idées générales, tout en existant virtuellement dans tout esprit, ont été travaillées, spécifiées, en recevant une forme particulière dans laquelle un esprit a exprimé son génie de combinaison et toute la manière dont il s'est approprié intellectuellement le fonds spirituel commun pour créer une œuvre de science ou d'art, ou pour présenter une invention comme le fruit de son travail ou de son talent de combinaison. Un tel travail, poursuit-on, quand il est exprimé dans un objet matériel, fait naître pour l'auteur la propriété de cette œuvre à la fois intellectuelle et matérielle, qu'il peut faire alors multiplier, par des procédés mécaniques, dans un certain nombre d'exemplaires; et l'exemplaire, en entrant dans le commerce, doit être utilisé comme *exemplaire*, sans servir

lui-même à son tour, par une interversion des vrais rapports, comme *original* pour une nouvelle multiplication. Mais ce raisonnement ne porte pas sur le point capital. Sans doute, le travail spirituel est la manifestation la plus intime de la personnalité, et, étant représenté dans un objet, il lui donne une valeur toute nouvelle. Toutefois ce travail a un caractère tout différent de celui qui fait naître la propriété des biens matériels. D'abord, le travail intellectuel porte toujours le meilleur et le plus durable fruit pour celui-là même qui l'a exécuté, en augmentant son capital spirituel, sa force productive, et crée un bien qui, à l'inverse d'un bien matériel, ne perd rien par la communication. Ensuite, l'objet matériel représentant le travail, tout en étant dans le pouvoir exclusif du travailleur, et tout en constituant pour lui une propriété, n'est pas la propriété qu'on a en vue; il resterait comme manuscrit, etc., presque sans valeur, s'il n'était pas utilisé par la multiplication. C'est donc ce droit *exclusif* de multiplier un produit original en un nombre déterminé d'exemplaires qu'on veut comprendre comme un droit de propriété. Or, ce droit manque des caractères essentiels pour cette notion. D'abord, l'original, le manuscrit, etc., tout en restant dans certains cas une propriété immédiate du travailleur, est, d'après sa *destination*, seulement un instrument, un véhicule, pour communiquer à d'autres les biens spirituels que nous avons formés par notre travail; il n'est pas destiné à être approprié, individualisé, à entrer et à rester dans le domaine exclusif d'une personne, mais à être généralisé par une communication en elle-même inépuisable, parce que tout exemplaire peut servir de nouveau à une multiplication indéfinie. Ces exemplaires, servant seulement de véhicule pour des biens spirituels, en partagent éminemment le caractère, celui d'être, par multiplication mécanique, employés à la propagation des idées. Or, de même que les biens spirituels ne peuvent pas être soumis au pouvoir exclusif d'une personne, ne sont susceptibles ni de partage, ni de consommation,

de même il n'y a de propriété, ni par rapport à ces biens eux-mêmes, ni par rapport au droit exclusif de multiplication, qui, d'après son but essentiel, porte, non sur l'appropriation, mais sur la diffusion des biens spirituels.

Enfin, la raison péremptoire qu'il y a à faire valoir, et contre la propriété et contre sa transmission par hérédité, c'est que, dans l'ordre physique, vrai et seul champ d'appropriation, on peut, par suite de la liaison visible de la continuité et de la succession dans le temps et l'espace, suivre la filière de transmission, constater la part des trois facteurs de production, la nature, le capital et le travail, et indiquer pour chaque objet en quelque sorte son état civil; c'est ainsi qu'en achetant un fonds de terre, on connaît les personnes qui l'ont possédé successivement, on paye les améliorations qui y ont été faites, et qui de main en main en ont augmenté la valeur. Rien de semblable n'existe dans le domaine et le travail spirituels. Ici il y a un grand capital créé par toutes les générations précédentes, maintenu en roulement et augmenté sans cesse dans l'instruction publique et privée, et formant un fonds spirituel commun dans lequel chacun peut puiser les éléments, la substance spirituelle pour les formes nouvelles qu'il en fait sortir. Dans cet ordre de production, il est impossible de déterminer ce qu'un auteur a produit de lui-même et ce qu'il doit à la culture sociale, à tous les prédécesseurs, soit dans un certain genre de production, soit à tous ceux qui, de près ou de loin, y ont pris une part par des œuvres de science et d'art plus ou moins connexes. Dans l'ordre intellectuel, surtout quand il s'agit d'inventions, celui qui la fait est souvent l'heureux qui achève un peu plus tôt qu'un autre une série de déductions et de combinaisons faites par des prédécesseurs, gagne un nouvel aperçu ou tire la dernière conséquence. Dans cet ordre, on ne peut pas, comme dans l'ordre matériel, constater la transmission des idées déjà plus ou moins formées, la plus-value qu'elles ont reçue chez des auteurs précédents; or, de même qu'un

auteur ne paye pas le travail à ses prédécesseurs, et qu'il reçoit, pour la plus grande partie, le fonds de ses idées de la culture sociale, des livres, du commerce intellectuel, du langage, il ne peut pas prétendre, après avoir recueilli lui-même les fruits de son travail, à le transmettre comme un objet de fructification à des successeurs. Le travail intellectuel est d'une autre espèce, soumis à d'autres lois de perfectionnement successif; il est exécuté en premier lieu pour d'autres buts et, par conséquent, ne peut pas être traité d'après les mêmes principes que le travail matériel, dont le but est de produire *immédiatement* un objet destiné en lui-même à satisfaire un besoin individuel. Le travail intellectuel ne peut même pas être assimilé à ce travail d'un industriel ou d'un marchand qui, gagnant la confiance du public, se crée un *marché* qu'il fait aussi valoir en vendant son établissement, parce que ce marché est entièrement déterminé par la libre confiance, indépendant de toute intervention de l'État, et se rapporte encore à des objets matériels, tandis que le travail intellectuel, pour s'assurer le débit de ses œuvres contre la contrefaçon, demande à l'État de défendre à ceux qui ont acquis la propriété d'un exemplaire, de le multiplier par la voie mécanique.

Le droit du travail intellectuel représenté dans un objet matériel se résume donc dans un droit de multiplication mécanique à l'exclusion de tous les autres. C'est cette défense vis-à-vis du public qui forme le point capital de toute la question, et cette défense ne constitue pas elle-même une propriété, mais elle est accordée par l'ordre social eu égard à tous les intérêts, à tous les rapports et à tous les buts essentiels qu'il importe de satisfaire. C'est précisément dans la question du travail spirituel qu'il faut tenir compte du but pour lequel il est exécuté, et qui s'obtient aux conditions fournies par le droit. Or, dans une œuvre intellectuelle, il y a à concilier deux intérêts ou *deux buts* essentiels, un but légitime matériel de l'auteur, celui de gagner, au moyen

de son travail intellectuel, des biens matériels, et ensuite un intérêt ou un but de culture que l'auteur a souvent lui-même principalement en vue, et que, dans tous les cas, l'ordre social a le devoir de maintenir intact, comme il en a le droit à cause de la part que le capital social de culture a prise à toute œuvre individuelle. Ces deux intérêts sont combinés, d'un côté, en faveur de l'auteur, par la défense de la contrefaçon, et, d'un autre côté, en faveur de la société, par la fixation d'un terme pour le droit exclusif de multiplication mécanique. Ce droit doit d'abord être étendu à la vie de l'auteur, qui peut encore perfectionner le travail dans des éditions subséquentes, et ensuite il paraît équitable qu'il soit encore accordé à ses héritiers immédiats pendant un temps formant à peu près la durée moyenne de la vie (pendant 30 ans, comme la plupart des législations l'ont réglé). Les mêmes principes s'appliquent aux *droits d'invention* se rapportant à l'ordre de production matérielle.

Nous voyons donc qu'on ne peut admettre en aucune manière la transmissibilité héréditaire du droit d'auteur. En l'exigeant, on confond réellement l'ordre spirituel avec l'ordre matériel des biens, et admettre un tel droit, ce serait mettre les plus grandes entraves au perfectionnement social, briser les liens de l'homme avec l'humanité, détruire les obligations de l'individu envers la société qui l'a principalement formé; ce serait enfin établir des majorats littéraires plus funestes que les majorats féodaux[1].

[1] M. Rey, dans sa *Théorie et pratique de la science sociale*, t. III, p. 232, dit très-bien à ce sujet: «L'idée neuve qui vient à l'esprit d'un homme ne lui appartient pas tout entière. Avant que cette idée nouvelle pût naître dans le cerveau de cet homme, il a fallu que la naissance en fût préparée par cette longue instruction des idées communes en circulation dans le monde. Ces idées générales qui se croisent dans tous les entendements humains se forment comme un immense capital sans lequel l'idée nouvelle n'aurait pu être produite. Sans doute, l'homme attache un caractère particulier de personnalité à cette production, mais elle porte nécessairement un bien plus grand nombre de marques d'autres personnalités, car il y a ici le concours de l'humanité entière. C'est ce qui explique comment une idée neuve surgit souvent

Le droit d'auteur n'est donc pas une propriété, mais un mode juste d'acquérir, non pas directement, mais indirectement, dans la forme de la rémunération, une propriété par le travail intellectuel. Ce travail, en premier lieu l'opposé du travail d'appropriation individuelle, est une fonction exécutée pour la culture *sociale*, et si la propagation d'une œuvre, d'une invention, paraît être d'une haute importance pour cette culture, l'État a le droit de l'acquérir par une rémunération publique équitable. En dehors de ce cas si rare, la rémunération est attendue du public, et elle est un but légitime dont l'ordre social doit garantir la poursuite par la défense de la contrefaçon. Mais, outre la contrefaçon, il y a d'autres procédés de multiplication mécanique; or, le droit de multiplication étant en lui-même un but distinct de la propriété, il s'ensuit qu'un artiste qui vend une œuvre d'art n'a pas vendu par là le droit de multiplication qui doit être

à la fois dans plusieurs têtes... Lorsque le temps est venu pour une idée nouvelle, elle voltige pour ainsi dire dans l'atmosphère intellectuelle où elle peut être aperçue de plusieurs points à la fois. La vérité est que l'éducation humanitaire, qui se fait par une constante communication d'idées, en était arrivée au point où l'idée neuve devait, pour ainsi dire, se produire fatalement.» — Ch. Comte dit, en plaisantant, de la théorie qui veut rendre le droit d'auteur héréditaire: «Le premier qui conçut et exécuta l'idée de transformer un morceau de bois en une paire de sabots, ou une peau d'animal en une paire de sandales, aurait donc acquis le droit exclusif de chausser le genre humain.»

Les législations modernes diffèrent par rapport à la durée de la propriété intellectuelle. Les dispositions adoptées dans les principaux codes sont celles-ci. La loi anglaise de 1842 accorde à chaque ouvrage un privilége pour quarante-deux ans, à dater de sa publication. Aux États-Unis, l'auteur et l'éditeur ont un privilége pour vingt-huit ans, à dater de la publication; si l'auteur, après l'expiration de ce terme, vit encore, le privilége est prolongé pour quatorze ans, et peut, en cas de mort, profiter à sa veuve ou à ses enfants. En France, d'après la loi de 1863, l'auteur jouit d'un privilége pour toute sa vie, et ses héritiers pour cinquante ans après sa mort. Une loi de la confédération germanique, de 1837 (adopté par l'Autriche), accorde à l'auteur le droit viager, et, après sa mort, aux héritiers ou à l'éditeur qui les représente, une protection de trente ans. Les lois modernes et internationales ont aussi généralement garanti à l'auteur le droit de traduction comme une espèce importante d'utilité qu'il peut tirer de son travail. — Contre la *propriété* littéraire se sont prononcés principalement Renouard (des droits d'auteur), Walewski, Proudhon, en Allemagne presque tous les jurisconsultes, M. Schaeffle, *Theorie der ausschliessenden Absatzverhältnisse,* 1867, et d'autres.

acquis expressément par le propriétaire. C'est encore ici que se revèle, comme il a été dit plus haut, l'importance qu'il y a de déterminer le droit d'après les buts rationnels dont il doit rendre possible l'obtention. Dans une même œuvre, il peut y avoir autant de droits différents qu'il y a de buts essentiellement distincts. L'ordre social lui-même est en général un système de buts organisés, et il permet aussi à tous ses membres d'utiliser leur travail pour tous les buts légitimes.

Quand on se demande sous quelle catégorie de droits le droit d'auteur doit être rangé, sous le droit personnel, réel, ou sous le droit des obligations, il faut se rappeler ce qu'il y a d'inexact dans la division ordinaire, qui comprend, dans le droit personnel, deux ordres de droit distincts, le droit par rapport aux personnes comme sujets, dont il sera traité plus tard, et le droit par rapport aux objets, qui sont ou des biens généraux de la vie humaine, ou des choses (droit réel), ou des prestations (droit des obligations). Le droit d'auteur est naturellement, sous le rapport du sujet, un droit de personnalité, mais qui reçoit son application dans le droit réel comme un juste mode particulier d'acquérir une propriété par le travail intellectuel, et qu'on pourrait simplement appeler le *droit de rémunération du travail intellectuel.* Ce n'est donc pas un droit d'obligation; un tel droit peut être établi entre l'auteur et un éditeur (voir droit des obligations), et il en résulte alors un rapport juridique tout particulier, dans lequel l'éditeur comme tel est aussi protégé dans le travail qu'il fait exécuter à son compte; mais le droit d'auteur, qui réside principalement dans la défense de la contrefaçon, s'exerce envers tout le monde et non envers des personnes déterminées, comme dans le droit des obligations; c'est donc un droit de personnalité exercé en vue d'un bien matériel dans le droit réel.

Il est une dernière question qui, tout en appartenant avant tout au droit de personnalité, est généralement traitée en même temps que celle de la contrefaçon, et que, par cette

raison, nous voulons ici brièvement toucher. Il s'agit de savoir s'il peut être permis de sténographier des leçons, des discours, et de les publier par la presse, sans la permission de l'auteur. Il faut encore ici distinguer. Si le but de l'auteur était, d'après la nature du discours (dans une chambre de représentants ou sous le ciel ouvert, etc.), de donner la plus grande publicité possible aux opinions dans la forme dans laquelle elles étaient énoncées, ce droit de publication compète à la presse publique. Mais quand une leçon, un discours, est destiné à un public déterminé, qu'il ait été fait gratuitement ou non, personne n'a le droit de faire imprimer un tel discours, parce qu'il dépend d'un auteur d'approprier au genre du public qu'il a en vue, une forme différente dans l'exposition de ses idées, de choisir à cet égard sa méthode et même son style, et qu'il ne peut être permis à personne de faire parler quelqu'un à un public auquel l'auteur lui-même ne s'est pas adressé.

TITRE DEUXIÈME.

Philosophie de l'histoire de la propriété, ou coup-d'œil philosophique sur le développement de la propriété dans la société humaine [1].

§ 67.

Intimement unie à l'homme, à sa personnalité, à sa destinée individuelle et sociale, la propriété doit refléter toutes

[1] Consulter sur cette matière Niebuhr, *Histoire romaine;* M. Giraud, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains;* M. Pecqueur, *Théorie nouvelle d'économie sociale et politique*, 1834; M. Laboulaye, *Histoire du droit de propriété foncière,* 1839; M. Ch. Pouhaër, *Thèse*

les évolutions de la vie humaine: les conceptions de l'intelligence, les croyances religieuses, les sentiments divers qui dominent les hommes et transforment la vie des peuples, doivent se traduire dans les lois sur l'organisation de la propriété. De même que la société est l'image de l'homme, la propriété à son tour réfléchit fidèlement l'état social, les principes qui le gouvernent, les mœurs sur lesquelles il repose. Un changement fondamental dans la religion, dans la moralité, dans la politique, amène toujours tôt ou tard un changement correspondant dans le mode d'acquérir ou de transmettre la propriété et dans son extension aux diverses classes de la société. De même que l'histoire d'un peuple est le développement successif de son caractère, qui s'assimile d'une manière particulière tous les éléments de vie morale, intellectuelle et physique, de même ce caractère se revèle aussi dans la conception et l'organisation de la propriété. L'histoire de la propriété est donc, dans l'ordre matériel, le contre-coup de l'histoire religieuse, morale ou politique de l'humanité, selon le génie particulier des diverses nations. La loi éternelle qui subordonne les choses à l'homme se manifeste ainsi dans la loi historique, d'après laquelle le mouvement dans l'ordre matériel se règle sur le mouvement dans les régions supérieures de l'intelligence. Cette vérité commence à être comprise dans la question de la propriété, depuis qu'on n'envisage plus les institutions dans leur isolement et dans leur abstraction, mais dans leurs rapports organiques, et qu'on les ramène à leur source, à l'homme, aux principes constitutifs de sa nature et aux lois de son développement social. Cette manière de considérer l'histoire de la propriété est nouvelle et présuppose encore, pour être exacte et complète, beaucoup de recherches particulières, mais elle est la seule vraie, parce qu'elle rend bien l'esprit

sur le droit de propriété, soutenue devant la faculté de Rennes; M. Troplong, *La propriété d'après le code civil*, dans les Mémoires de l'Académie des sciences morales et politiques, petits traités, 1850.

de l'histoire, qu'elle en fait connaître l'état actuel, les raisons qui en motivent le maintien ou le changement, et les modifications qui peuvent être tentées dans l'avenir.

L'histoire de la propriété se règle ainsi sur l'histoire générale. Mais comme chaque institution repose sur des principes spéciaux qui, combinés avec les principes universels, donnent à son histoire une teinte particulière, la propriété, constituée par deux éléments, l'un *individuel* et l'autre *social*, présente aussi, à diverses époques, sous l'influence des lois générales du développement humanitaire, la *prédominance* tantôt de l'élément social, tantôt de l'élément individuel, jusqu'à ce que la société trouve la formule d'après laquelle ces deux éléments doivent être harmonisés.

En recherchant les *époques principales* du développement de la propriété, nous devons d'abord nous rappeler les lois fondamentales qui président à l'histoire de toutes les institutions. Nous avons vu (t. I, p. 254) que l'humanité, que toute institution se développe sous l'action des lois de l'*unité*, de la *variété* et de l'*harmonie*, en d'autres termes, de la thèse, de l'antithèse et de la synthèse. Ces lois sont celles de toute vie organique qu'Aristote avait déjà bien caractérisée en disant que le tout (en unité) est avant les parties (τὸ ὅλον πρότερον τῶν μέρων). En effet, le développement de toute vie et de toute institution part d'une unité organique de ses éléments et de ses rapports, se différencie ensuite dans la variété et l'opposition de ses parties et de ses éléments, pour les résumer à la fin, dans une période de maturité, en une harmonie organique. Ces lois se confirment aussi, dans l'histoire de la propriété, sous un double aspect, dans son développement intérieur et dans ses rapports avec toute la société.

Dans le premier âge de l'humanité, régi plutôt par l'instinct que par la lumière de la conscience, les deux éléments constitutifs de la propriété ne sont pas encore distingués

entre eux: l'instinct portait les hommes à rechercher en commun les moyens nécessaires à la satisfaction de leurs premiers besoins. Mais comme à cet âge les hommes, dans le sentiment de leur faiblesse et de leur dépendance, subissaient plus vivement l'influence des forces supérieures de la nature, de Dieu et de l'ordre social, ils devaient aussi rapporter à une source plus haute tout ce que la terre produit pour satisfaire leurs besoins. Les biens de la terre furent donc conçus comme un don fait par Dieu à tous, pour la jouissance commune. L'idée d'une propriété individuelle ne pouvait surgir dans la conscience aussi longtemps que la spontanéité d'action éveillée par le travail était trop faible pour engendrer le sentiment de l'individualité personnelle. La communauté indivise des biens dans les divers groupes de la famille, de la gent, etc., fondée sur une pensée religieuse, devait être la loi de ce premier âge du monde, dont l'existence est attestée par les principes philosophiques et par des traces qui se trouvent dans les documents les plus anciens de l'histoire.

Mais à mesure que la spontanéité acquérait plus d'énergie, que le *travail* personnel devenait plus intense, les liens généraux se rétrécirent; chacun commença à se dégager du tout et à diriger ses vues et ses sentiments sur la partie qui lui était la plus proche; il se lia plus intimement avec la famille ou la tribu au sein de laquelle il vivait, les rapports gagnaient ainsi en intensité ce qu'ils perdaient en extension. Alors s'ouvrit l'époque où l'opposition entre le tout et les parties d'un peuple et des peuples mêmes entre eux se prononça de plus en plus, et présenta, dans une succession de périodes diverses, la lutte des divers éléments sociaux et nationaux. Cette longue et douloureuse époque de l'histoire offre de grandes péripéties dans le développement de la propriété. Au sortir du premier âge, les hommes, encore pénétrés des vues et des sentiments qui y avaient prédominé, devaient faire peu à peu une première distinction entre la

propriété de la famille ou de la tribu, et le sol ou la terre que Dieu avait donnée à tous. Le partage de la terre commune commençait, moins par portion de propriété, que par portion d'usage, de jouissance ou d'usufruit. Ces idées devaient se modifier avec le genre de vie nomade, pastoral, agricole, auquel les hommes s'adonnaient. Les notions d'usage et de jouissance se transformaient dans l'idée plus fixe de propriété, lorsque les familles et les tribus commençaient à se fixer au sol en quittant la vie nomade, et à demander à la terre par le travail agricole les moyens de vie qu'ils avaient jusque-là trouvés à sa surface. Mais, bien que l'idée de propriété se développât naturellement par ce travail d'appropriation de la terre, la pensée d'une propriété individuelle devait rester encore longtemps étrangère à l'esprit. Chacun se regardait avant tout comme membre d'une famille et d'une tribu, et comme le travail se faisait en commun, les produits se distribuaient aussi par famille et par tribu. C'est donc une erreur de croire que la propriété ait commencé par l'occupation individuelle ou par le travail personnel. L'ordre de propriété, comme l'ordre social, ne s'est pas constitué par agrégation individuelle, atomistique, mais par la constitution de la propriété collective au sein de l'être collectif supérieur de la famille, de la gent ou de la tribu.

Cette période de la propriété familiale et de la propriété collective de la tribu s'est rencontrée chez tous les peuples et a duré des siècles. Mais un dernier pas restait à faire dans la voie de l'appropriation. L'individu devait finir par s'attribuer à lui-même un droit sur la terre, d'abord en reconnaissant encore à la famille, à la tribu, à la nation dont il faisait partie, la propriété collective, le droit souverain de concession et de reprise, mais en limitant sans cesse les droits de cette autorité supérieure, et en s'assurant de plus en plus des droits exclusifs sur la portion dont il avait pris possession. Quand le principe individuel de la propriété eut ainsi pris racine dans la société, le principe social paraissait

condamné à disparaître pour toujours. Mais précisément au moment où le monde antique tombait en dissolution, où l'égoïsme avait tout envahi, l'élément social reçut une nouvelle consécration en s'inspirant à une source supérieure qui devait donner à l'individualité elle-même son véritable principe. Le christianisme rétablit le principe religieux et social de la propriété, d'abord par de nombreux exemples d'une communauté de biens, ensuite, en se liant avec l'esprit germanique, par une organisation plus vaste des propriétés, hiérarchisées entre elles. Cette organisation cependant, subordonnant et enchaînant la personnalité humaine aux propriétés, devait être renversée, quand le principe de personnalité, consacré de nouveau par la philosophie et la réforme religieuse, trouva, surtout par l'appui du droit romain, son application dans l'ordre de la propriété, où il fut de son côté poussé à des conséquences extrêmes.

Cette époque, caractérisée par le règne de l'individualité et de la propriété individuelle, n'est pas terminée, et déjà la pensée d'une propriété collective de la société ou de la nation, et même d'une famille, d'une corporation, paraît aussi étrangère aux esprits qu'elle pouvait l'être lors de la décadence de l'empire romain, elle est même repoussée par la science comme étant contraire à tout principe de droit (§ 62, n° 5); les abus ne sont pas moins révoltants, les différences entre ceux qui possèdent et ceux qui n'ont rien deviennent de plus en plus grandes. Mais les lueurs d'un nouveau principe organique commencent à éclairer le désordre actuel; de nouvelles forces viennent de surgir de l'association et font entrevoir comment et sous quelles conditions l'élément individuel pourra être organiquement et harmoniquement combiné avec l'élément social ou collectif.

En vérifiant ces aperçus généraux dans l'histoire des peuples, nous pouvons distinguer deux époques principales, qui présentent sous des points de vue distincts, mais analogues, l'évolution du même ordre d'idées. La *première* époque, qui

embrasse toute l'antiquité orientale, grecque et romaine, s'ouvre aux temps primitifs par la conception religieuse et sociale de la propriété; mais peu à peu la propriété perd le caractère théocratique, pour devenir nationale et politique et pour se revêtir enfin d'un caractère civil, privé et individuel. La *seconde* époque commence avec le christianisme, qui, en introduisant un principe divin dans la personnalité humaine, fit aussi envisager la propriété sous un point de vue religieux. Mais la conception religieuse fit de nouveau place à la conception politique, et celle-ci aboutit encore dans une époque de scepticisme et d'individualisme, à la notion de la propriété, comme étant avant tout de l'ordre civil et privé.

I. Commençons par les peuples orientaux. Nous trouvons d'abord dans l'Inde des organisations très-diverses de la propriété. La mieux connue est celle des *castes*, où les brahmanes sont considérés comme investis par Dieu de toutes les terres dont ils concèdent ensuite l'usage aux autres. Mais, malgré l'incertitude qui plane sur l'histoire de l'Inde antique, il est aujourd'hui hors de doute qu'il y a eu une époque où le peuple, venu probablement du plateau près de l'Himalaya et établi sur les rives de l'Indus, ne connaissait pas encore le système des castes, où il y avait une vie patriarchale de familles et de tribus, et où la propriété avait le même caractère. A cette époque, la propriété n'était que la jouissance de la terre donnée temporairement par Dieu, et dans les hymnes du plus ancien Véda, le Rig-Véda, les prières sont adressées aux dieux pour obtenir de bonnes récoltes. Le système des castes n'a pris naissance qu'à la suite de longues guerres entreprises lors de la conquête successive de l'Inde sur des peuples très-incultes qui l'habitaient déjà, et lorsque, après les longs désordres de la guerre, le besoin se fit sentir d'établir un ordre stable et de fixer à cet effet les grandes fonctions et branches du travail social dans le système des castes. Dans ce système, ce fut d'abord la caste brahmane, et ensuite la caste guerrière, les princes à la tête, qui

s'attribuèrent le pouvoir souverain sur les terres. C'est ainsi que la conception religieuse planait sur l'origine de la propriété, puis elle s'affaiblit en passant de l'ordre sacerdotal à l'ordre guerrier, et jusqu'à nos jours nous voyons en général le despotisme oriental ne reconnaître aucun véritable droit de propriété aux sujets.

Parmi les nations orientales, c'est le peuple hébreux qui reçut, par la législation de Moïse, dans un sens religieux et social, l'organisation la plus remarquable de la propriété. « La terre est à moi, dit le Seigneur, vous êtes comme des étrangers à qui je la loue. » Comme le peuple hébreu est resté le dépositaire de la plus antique idée monothéiste, ce verset de Moïse peut aussi être regardé comme l'expression de la plus ancienne conception de la propriété chez les peuples orientaux. Sa base est la propriété de la famille et de la tribu, et Moïse affectait à perpétuité une propriété à chaque groupe, de telle sorte que l'aliénation ne devait jamais être que temporaire. Les dettes que les Israélites contractaient entre eux étaient remises de droit tous les sept ans, et ceux qui avaient aliéné leur personne devaient être remis en liberté. De plus, dans l'année jubilaire, c'est-à-dire tous les quarante-neuf ans, les biens qui étaient sortis de la famille ou de la tribu devaient rentrer gratuitement dans son patrimoine[1]. De cette manière les terres, d'après l'ordre de Dieu, étaient distribuées par le sort entre les tribus et les

[1] Voir IIIe livre de Moïse, chap. xxv, et IVe livre, chap. xv; et, pour l'année jubilaire, le jugement de M. Bähr (dans les Annales de Heidelberg, 1840) sur les deux dissertations: *De Anno Hebræorum jubilæo*, de MM. Kranold et Woldius, couronnées par la faculté de théologie de Gœttingue en 1837. Les deux auteurs, sans reconnaître Moïse comme auteur du Pentateuque, composé de parties appartenant à des temps différents, admettent cependant l'origine mosaïque de l'année sabbatique et jubilaire. Quant à la remission des dettes dans l'année sabbatique, M. Bähr pense avec beaucoup d'interprètes, mais contrairement à l'opinion des rabbins et de plusieurs auteurs chrétiens, qu'il y avait seulement suspension dans la répétition de ce qui avait été prêté, parce que la terre, étant elle-même en repos dans la septième année, ne donnait pas de produits par lesquels le débiteur aurait pu se libérer.

familles, eu égard au nombre des individus qui les composaient. Une seule tribu, celle de Lévi, ne devait recevoir aucun patrimoine, mais vivre de l'autel. Cette distribution, ordonnée par l'organe de Moïse, fut exécutée par Josué.

La pensée fondamentale de cette organisation de la propriété est toute religieuse. Le peuple hébreu, appelé à être un peuple-prêtre, devait fonder l'État et toute la législation sur l'idée de Dieu. Or, Dieu est l'Éternel et l'Immuable; et l'idée de la permanence est la base de toute la législation mosaïque, et particulièrement de l'institution de l'année jubilaire. Bien que la durée de cette constitution de la propriété ne puisse pas être précisée, il paraît hors de doute qu'elle s'est maintenue pendant des siècles, à l'instar des organisations analogues que nous rencontrons chez d'autres nations.

II. Dans la Grèce, où l'homme secoue la théocratie et le despotisme de l'Orient, pour entrer dans le libre développement de ses forces natives, l'ordre politique devient prédominant dans la cité où la liberté politique est aussi plus grande que la liberté civile; mais la conception religieuse de la propriété se manifeste encore dans le culte du dieu des limites, Zeus Herkeios, et des pénates de la cité. L'État est considéré comme la source première de la propriété. Platon exprime la pensée grecque tout en l'exagérant, en disant: «Je Vous déclare, en ma qualité de législateur, que je ne Vous regarde pas, ni Vous, ni vos biens, comme étant à Vous-mêmes, mais comme appartenant à votre famille, et toute votre famille avec ses biens comme appartenant encore plus à l'État.» (Rep., liv. 11). A l'intérieur des États (comme la politique d'Aristote l'atteste), les gouvernements se consumaient en efforts pour maintenir des proportions égales dans la possession du sol et des biens. Mais l'exemple de Sparte surtout démontre que toute mesure pratique, tendant à maintenir par contrainte une certaine égalité des biens, amène, sans atteindre le but, la pleine corruption des pouvoirs et des mœurs.

A Rome, nous pouvons constater plus nettement, dans le développement de l'idée de la propriété[1], *trois époques* principales. Dans la première, la propriété était envisagée avant tout comme une institution *religieuse*; dans la seconde, elle revêtit un caractère *aristocratique*; dans la troisième, elle prit de plus en plus, par les luttes du peuple avec la noblesse, un caractère *individuel* et privé. Mais dans aucune de ces trois époques, l'idée de la propriété nationale et collective ne s'efface complétement; bien qu'elle s'affaiblisse sans cesse, elle subsiste jusqu'à la fin, du moins comme une fiction, et Gaïus pouvait encore dire pour tout le sol provincial: «La propriété du sol est au peuple romain ou à l'empereur, et nous sommes censés n'en avoir que la possession et l'usufruit[2].

Lorsque l'*ager romanus* eut été conquis, d'après la tradition, par Romulus, Numa effectua le partage, non pas, comme Montesquieu le croyait, entre tous les individus et en lots parfaitement égaux, mais probablement, comme le pense Niebuhr, entre les familles patriciennes. Ce partage ne détruisait cependant pas l'idée de la propriété nationale; il n'en opérait qu'une délégation. «La propriété nationale, souveraine, dit M. Giraud, chacun la possédait comme peuple et nul comme individu. Telle est la propriété quiritaire par essence, et sa forme première est une espèce de communauté publique, dont la propriété individuelle ne fut plus tard qu'une émanation solennelle... Une seule et unique forme de propriété privée, mais toute politique et complétement basée sur le droit public de l'État, tel était donc l'antique droit des Romains, en matière de propriété foncière. Ce droit était logique, et ses résultats conséquents, car la propriété souveraine et première résidait dans l'État, c'est-à-dire dans la

[1] L'ouvrage que nous suivons ici de préférence est celui de M. Giraud: *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains.*

[2] «In solo provinciali dominium populi romani est vel Cæsaris; nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur.» (Gaïus, lib. II, § 7.)

force créatrice et causale qui avait réduit la terre en appropriation romaine, et son dernier résultat se manifestait dans le terrible droit de proscription, en vertu duquel l'État recouvrait la propriété des biens que possédait l'individu rayé du nombre des membres de l'État... Or cette propriété d'origine souveraine fut la seule admise et reconnue à Rome pendant sept siècles environ. Le ministère d'un prêtre, et plus tard d'un magistrat, conservait, dans la solennité des transmissions, le souvenir et même les droits du grand propriétaire primitif, le souverain ou Dieu. »

Le caractère religieux fut longtemps conservé à la propriété. Les cérémonies du *bornage* l'attestent. Pour enlever une portion du sol à l'indivision primitive, pour la faire tomber dans le patrimoine d'une famille, on avait recours à des symboles empruntés aux mystérieuses traditions du *jus sacrum.* Le *lituus augural,* en divisant la terre, à l'image du ciel, la consacrait au dieu *Terme;* sous la main sacerdotale, chaque champ devenait un temple, et les bornes élevées sur les limites prenaient un caractère inviolable et divin. C'est d'après ce mode que les premiers rois distribuèrent le territoire primitif entre les curies, et plus tard encore les mêmes rites furent observés quand on partageait des terres conquises.

Le culte du Dieu Terme, qui rappelle le Zeus Herkeios des Grecs, exprime ainsi d'une manière symbolique l'appropriation de la terre donnée par Dieu aux sociétés humaines[1]. Les actes sacrés de l'augure firent place plus tard aux procédés géométriques de l'arpenteur; mais de même que les corporations romaines survécurent à la conquête de l'Italie et de Rome et se transformèrent sous l'esprit chrétien dans les corporations du moyen-âge, les *agrimensores* du moyen-âge rappellent aussi le rituel des augures.

[1] Ce symbole se retrouve chez presque tous les peuples. — Voir *Antiquités du droit allemand,* par Grimm; *Origines du droit français,* par Michelet. Même à Otahiti on a trouvé un symbole analogue, celui du *Tabou.*

Dans la seconde époque, nous rencontrons les prétentions de la noblesse romaine à la possession exclusive du domaine national. Il s'opère une transformation analogue à celle que nous a révélée l'Orient. La propriété prend une forme plus politique. C'est une caste qui s'arroge la possession souveraine, et exclut la plèbe. Mais à Rome le peuple n'était plus sous le joug des idées et des autorités qui dominaient dans l'Orient; il avait acquis la conscience de sa spontanéité et de son indépendance; il demandait à entrer avec la noblesse dans le partage des terres. Des luttes violentes eurent lieu. La victoire resta aux plébéiens.

Dès ce moment, la conception de la propriété devait prendre, dans une troisième époque, un caractère de plus en plus individuel. Le principe qui avait triomphé était juste en lui-même, mais le morcellement des propriétés qui en était la conséquence, joint à l'accroissement incessant de la population, devait conduire plus tard à augmenter la misère du peuple et à le soumettre de fait à l'exploitation aristocratique[1]. A la fin de la république, les idées religieuses et

[1] «Le domaine public, dit M. Giraud, avait été la source intarissable où presque toute l'aristocratie romaine de naissance ou de fortune avait puisé la richesse. Le patriciat finit par s'approprier exclusivement l'*ager publicus*; et Tiberius Gracchus n'avait pas d'autre objet que de l'empêcher de l'envahir complétement quand il proposa sa première loi. De même la loi Licinia avait pour but, non pas de mettre des bornes à la fortune individuelle en général, mais de limiter la surface d'*ager publicus* que chaque citoyen pouvait posséder. Les Gracques, dans leurs tentatives successives, ne se proposaient eux-mêmes que de remettre en vigueur la loi Licinia. Il ne fut donc jamais question, de la part des premiers auteurs de lois agraires, y compris les Gracques, que de l'*ager publicus;* et en principe, l'*ager publicus* fut toujours respecté jusqu'à l'époque des lois de proscription.» C'est cette possession que Tiberius Gracchus voulait limiter, en fixant à cinq cents arpents le maximum qui pût être possédé. Mais lorsque la lutte entre les patriciens et la plèbe eut abouti à l'égalité civile et politique, une nouvelle aristocratie surgit, moins tranchée par les formes, plus avide, plus corruptrice dans le fond. L'*ager publicus* disparut presque entièrement par le morcellement: l'Italie tout entière fut partagée entre les soldats; et cependant la misère devenait toujours plus grande, et les richesses se concentraient de plus en plus en quelques mains. C'est que les petits propriétaires, obligés de payer de gros intérêts pour se procurer des instruments de travail, et écrasés par la concurrence des exploitations opérées sur une grande échelle au moyen des esclaves, furent bientôt

sociales avaient disparu de la plupart des institutions. L'individualisme et l'égoïsme le plus raffiné attaquaient de plus en plus l'édifice romain; et la philosophie, cultivée par quelques esprits priviligiés, était impuissante à réformer la société. Le stoïcisme lui-même n'étant, dans le domaine pratique, que l'individualisme subjectif, poussant le moi à l'orgueil de la vertu personnelle, portait l'empreinte de l'esprit de l'époque et n'avait aucune puissance de régénération.

Le peuple romain forme, comme nous l'avons vu (t. I, p. 259), le dernier échelon dans le développement de l'humanité, commençant par la conception religieuse et finissant par concentrer toute fin, tout pouvoir, dans le *moi* individuel, par porter l'égoïsme au plus haut degré, jusqu'à se mettre, comme l'ont fait des Césars, à la place de la Divinité. Le droit de propriété chez les Romains présente un caractère analogue. Dès le commencement, la conquête est considérée comme la source principale de la vraie propriété romaine ou quiritaire (*maxime sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent.* Gajus, IV, § 16); à l'enlèvement des Sabines est ramenée, d'après la tradition, la constitution même de la famille; tout le droit romain devient un droit de puissance (t. I, p. 257), qui, dans l'ordre public, mène à la concentration de tout pouvoir dans l'empereur, et, dans l'ordre privé, à la concentration des fortunes dans une classe d'hommes peu nombreuse, au moyen de l'usure, du pillage des provinces et des proscriptions; et tout cet ordre, détaché de toute loi divine, miroir des passions les plus effrénées, de l'égoïsme, de la cupidité, de sanglantes brutalités et des plus monstrueuses violations de toute justice, finit par faire surgir de son sein les monstres d'em-

déppossédés, et toutes les terres finirent par échoir à la nouvelle noblesse. Du temps de Néron, six individus avaient à eux seuls la propriété de la moitié de l'Afrique romaine. Cette accumulation des propriétés, conséquence du morcellement du sol, a perdu Rome et l'empire romain; Pline le naturaliste l'avait déjà compris lorsqu'il disait: «Les grandes propriétés ont perdu l'Italie, et les voilà qui perdent les provinces.»

pereurs qui font pâtir le peuple entier des révoltantes injustices qu'il avait exercées ou laissé exercer contre d'autres nations. Cet ordre monstrueux d'hommes et de biens ne pouvait être changé que par la puissance divine de principes religieux et moraux qui ramenaient à Dieu l'homme et tout ce qui est humaine, et qui donnaient la sanction supérieure à la personnalité humaine, à l'égalité, à la liberté et à la propriété[1].

III. Le christianisme, en établissant une nouvelle alliance entre Dieu et l'humanité, en fondant une communauté spirituelle entre tous les hommes, ne pouvait manquer de faire concevoir la propriété sous un aspect religieux et moral. Aussi le christianisme présenta-t-il la propriété avant tout comme un moyen de remplir les devoirs moraux de la *bienfaisance*, de la *charité*, en commandant en même temps la *modération* dans l'usage des biens, et se traduisit même en une communauté de biens.

En effet, les chrétiens, frères devant Dieu, se considéraient comme membres d'une même famille. L'ardeur de la foi et les persécutions les rapprochaient les uns des autres. Pour eux comme pour les apôtres, la communauté des biens était une conséquence morale de l'unité des croyances. «Toute la multitude de ceux qui croyaient n'étaient qu'un cœur et

[1] On peut constater le caractère collectif ou social de la propriété chez tous les autres peuples anciens: on le retrouve dans l'ancienne Germanie, où, selon César et Tacite *(Germania*, c. XXVI), des peuplades très-étendues, par exemple les Suèves, cultivaient la terre en commun et se partageaient les récoltes. On l'observe aujourd'hui chez les peuples slaves, dans leur organisation communale et leur communauté domesticale. (Voir, sur l'organisation communale des peuples slaves, les articles de M. *Walewski* dans la *Revue des Deux-Mondes*, 1858, et, sur la communauté domesticale, qui existe surtout chez les Slaves du sud et qui a été conservée dans l'organisation dite des frontières militaires en Autriche, l'ouvrage de M. Ntiesenovic, *die Hauscommunionen der Südslaven* (les communions domesticales des Slaves du sud), 1858. Le même fait a été remarqué chez des nations africaines, dans l'île de Bornéo, à la côte d'Or, etc., où la propriété appartient à la famille, à la tribu ou au roi; il a été retrouvé en Amérique, au Pérou, au Mexique et dans d'autres parties de ce continent, où la propriété était constituée par castes, par tribus ou par familles.

qu'une âme; et aucun d'eux ne s'appropriait rien de tout ce qu'il possédait, mais ils mettaient tout en commun. Il n'y avait point de pauvres parmi eux, parce que tous ceux qui avaient des terres ou des maisons les vendaient et en apportaient le prix. Ils les mettaient aux pieds des apôtres et on les distribuait à chacun selon son besoin[1].» Cette pratique était regardée dans les premiers siècles par les apôtres et par les premiers Pères de l'Église comme étant seule conforme à l'esprit du christianisme[2]. Cependant à mesure que le christianisme cessait de se propager par des conversions particulières, par voie personnelle et libre, qu'il fut adopté ou imposé par grandes masses et qu'il s'étendit ainsi sur des peuples entiers, les liens sympathiques entre les fidèles allaient s'affaiblissant. Jésus-Christ d'ailleurs n'avait pas formulé de principes de politique et d'économie sociale; son but direct avait été d'opérer la réforme intérieure de l'homme, pensant que celle-ci, une fois accomplie, changerait aussi la vie civile et politique, comme le reste qui serait donné par surcroît. Cependant cette réforme n'a pu s'effectuer qu'en partie; elle a rencontré tant d'obstacles et essuyé tant de déviations, qu'il doit être prouvé aujourd'hui à tous les esprits non prévenus, que l'élément religieux, bien qu'il soit

[1] Voir *Actes des Apôtres*, chap. II, XLV, et chap. IV, XXXIII et suiv. Ananie et Saphire tombent morts aux pieds de saint Pierre pour avoir *recélé* une partie du prix de leurs terres. — M. Stahl, dans sa *Philosophie du droit* (allem.) et feu Mgr. Affre, archevêque de Paris, dans son *mandement* contre le socialisme et le communisme (v. *Journal des Débats*, 15 et 16 juin 1851), ont cependant fait observer avec raison que cette offrande de la propriété n'était pas commandée comme une obligation de *droit*, mais laissée à la liberté *morale*.

[2] Saint Barnabé, prêchant aux Asiatiques, dit: «Si vous êtes en société pour les choses non corruptibles, combien plus y devez-vous être pour les choses corruptibles!» Saint Chrysostôme et saint Ambroise considéraient également la propriété individuelle comme contraire à l'esprit chrétien et à la nature. Le dernier dit dans son ouvrage: *De Officiis ministrorum*, lib. I, c. XXXVIII: «Natura omnia omnibus in commune profudit. Sic enim Deus generari jussit omnia ut pastus omnibus communis esset, et terra foret omnium quædam communis possessio. Natura igitur jus commune generavit, usurpatio jus fecit privatum.»

fondamental, ne peut pas à lui seul régler toute la vie humaine, que pour opérer des réformes sociales, il faut développer, pour chaque branche de l'activité, des principes propres et les harmoniser entre eux en les ramenant à une source commune.

L'esprit primitif du christianisme, porté à la communauté des biens, ne pouvait se maintenir que dans les associations restreintes et intimes qui se formaient pour la vie contemplative et religieuse. Ces communautés présentaient dans leur constitution intérieure un premier modèle, quoique très-imparfait, d'une distribution de tous les biens spirituels et matériels selon les besoins de chacun. Mais dans la grande société humaine ces principes ne trouvaient pas d'application; l'élément chrétien ne parvenait qu'à modifier peu à peu les institutions qui étaient le plus opposées à la foi nouvelle. La propriété privée était de ce nombre; elle subit les transformations correspondantes à l'esprit de chaque époque.

On peut distinguer trois époques principales dans la formation des sociétés européennes et particulièrement dans l'histoire de la propriété. Ces époques sont celle de la propriété libre collective, celle de la propriété enchaînée par le système féodal et celle de la propriété de plus en plus individualisée.

Dans la première époque, nous rencontrons la propriété, comme chez les peuples de la Germanie, distribuée par tribus ou par familles. Les hommes libres possédaient une terre libre, un alleu, non pas individuellement, mais par famille ou par tribu[1].

Mais, après la migration des barbares et l'invasion de la Gaule, de l'Italie, etc., par les peuples germaniques, s'établit en France le *système bénéficial*, en vue des besoins politiques et militaires. Les Carlovingiens, pour attacher plus

[1] Voir, sur les deux premières époques, mon *Encyclopédie du droit* (Juristische Encyclopedie, Wien, 1857).

fortement tous les seigneurs à la couronne et pour mieux assurer le service de la guerre, changèrent le système des dotations, largement pratiqué par les Mérovingiens, et organisèrent le système des bénéfices, selon les conditions du précaire romain (precarium), depuis longtemps pratiqué par l'Église. Le système bénéficial fut transformé en *système féodal*, lorsque la transmission par hérédité, introduite par l'usage, fut reconnue sous Charles le Chauve (877), et proclamée comme *loi*, d'abord en Italie, à Pavie (1037), par Conrad II. Le système féodal prit une extension extraordinaire, lorsque dans les temps suivants beaucoup d'hommes francs, trop faibles pour se protéger seuls, réclamèrent l'appui des plus forts et consentirent à tenir d'eux leurs propriétés comme bénéfices, moyennant redevances et hommage. Le système *bénéficial* et *féodal* devint, dans l'ordre matériel, ce que le système *hiérarchique* était dans l'ordre spirituel; l'un se développait avec l'autre en ligne parallèle; l'un demandait la foi des fidèles, l'autre voulait lier, dans l'ordre civil, les hommes libres inférieurs aux supérieurs dans tous les degrés jusqu'au roi ou empereur, par le devoir de fidélité, en donnant à ce devoir un substrat et un droit correspondant dans la concession de biens et surtout de terres.

Dans le développement de cette organisation féodale, on peut encore distinguer plusieurs périodes. D'abord, les bénéfices étaient ou des fonctions de l'ordre public, conférées par le roi ou l'empereur, et auxquelles était attaché une propriété ou un revenu, ou ils étaient des biens, surtout des terres, concédés ou offerts moyennant la prestation du devoir de fidélité et de certains droits réels. Mais lorsque, d'un côté, le pouvoir suzerain, le bénéfice par excellence, gagna une plus grande indépendance vis-à-vis du pouvoir spirituel et devint héréditaire, et que, d'un autre côté, la faiblesse du pouvoir royal et impérial augmenta les prétentions des vassaux, surtout en Allemagne, ceux-ci finirent par faire les fonctions politiques, comme des bénéfices, héréditaires dans leur

famille, et la propriété terrienne devint une propriété familiale, que le bénéficiaire ne pouvait aliéner ni entre-vifs ni par testament[1].

C'est la réforme religieuse du XVIe siècle qui porta indirectement le premier coup décisif à l'organisation féodale, et amena, unie à la réception du droit romain, une nouvelle constitution de la propriété. En rétablissant les droits de la personnalité spirituelle, en evisageant l'homme dans ses rapports directs avec la Divinité, en écartant les autorités qui s'y étaient interposées, la réforme devait aussi détruire le système hiérarchique des biens, repousser les intermédiaires et rendre la propriété aussi libre que la personne. D'abord, les princes protestants furent affranchis décidément de la suprématie que la papauté s'était arrogée. Ensuite la réforme fortifia, à tous les degrés de l'échelle sociale, le sentiment d'indépendance personnelle: en consacrant le principe du libre examen, elle donna un nouvel essor à la culture de la philosophie, et autorisa les recherches sur l'origine historique et philosophique de toutes les institutions; elle appela une rénovation de la science du droit naturel dans un sens libéral, et conduisit ainsi à la conception de la propriété comme droit naturel, primitif et personnel. Cependant il est probable que la réforme n'aurait pu développer ses conséquences pratiques sans le secours du droit romain. C'est en France que

[1] M. Guizot, dans son *Histoire de la civilisation en Europe*, porte le jugement suivant sur la féodalité: «La féodalité, considérée dans son esprit et dans sa destinée providentielle, fut une longue protestation de la personnalité humaine contre le communisme monacal qui, au moyen-âge, envahissait l'Europe. Après les orgies de l'égoïsme païen, la société, emportée par la religion chrétienne dans une direction opposée courait risque de se perdre dans le néant d'une abnégation sans bornes et d'un détachement absolu: la féodalité fut le contre-poids qui sauva l'Europe de l'influence combinée des communautés religieuses et des sectes manichéennes qui, dès le IVe siècle, se produisirent sous différents noms et en différents pays. C'est à la féodalité que la civilisation moderne est redevable de la constitution définitive de la personne, du mariage, de la famille et de la patrie.» Le principe personnel y joue un grand rôle. Cependant le système féodal est plutôt un système de liens entre les personnes au moyen des choses ou biens.

le droit romain, dont plusieurs parties étaient restées en vigueur dans la partie méridionale (pays de droit écrit), trouva, en matière de propriété, la première application, d'abord en faveur du pouvoir royal, et ensuite en faveur de la nation et des individus. Ce furent des légistes (jurisconsultes du droit romain) qui, ennemis de la féodalité, exagérèrent d'abord le pouvoir royal dans le domaine des biens, pour briser par ce pouvoir les liens féodaux. La féodalité avait constitué le roi seulement comme le seigneur suprême; mais cette seigneurie fut transformée de plus en plus en pouvoir absolu de propriétaire, par l'application du principe impérialiste du droit romain. C'est ainsi que Louis XIII et surtout Louis XIV se considéraient comme «les seigneurs absolus, ayant naturellement la disposition pleine et libre de tous les biens qui sont possédés aussi bien par les gens d'Église que par les séculiers, pour en user en tout comme de sages économes»[1]. Or, quand la réaction commençait à s'organiser contre l'absolutisme royal, elle ne fit que transporter le principe sans le changer, en plaçant la source de la propriété, non dans le pouvoir royal, mais dans la nation et la loi sociale (p. 154); et Robespierre, en prenant au sérieux cette opinion, voulait en déduire la conséquence pratique de faire garantir par la loi à chacun une portion de bien. Cependant les doctrines du droit naturel et du droit romain civil se réunirent pour constituer à la fin, dans «le code civil», la propriété sur la base de la personnalité[2]. C'est ainsi que la France s'appropria, dans le domaine civil, les mêmes principes fondamentaux que la réforme avait

[1] Voir: *Instruction au Dauphin* (œuvres de Louis XIV, t. II, p. 93); de ce domaine direct, le roi faisait sortir (comme dit M. Troplong dans les Mémoires cités, p. 172) «la taille, signe de servitude originaire, qui épuise entre les mains du laboureur le capital agricole, les mesures fiscales qui portent atteinte à la plénitude du droit de propriété, les confiscations, le droit d'aubaine», etc.

[2] Voir l'opinion de M. Portalis, p. 133. Napoléon, dans la séance du Conseil d'État, du 18 septembre 1809, disait: «La propriété est inviolable. Napoléon lui-même, avec les nombreuses armées qui sont à sa disposition, ne pourrait s'emparer d'un champ! Car violer le droit de propriété d'un seule, c'est le violer dans tous.»

proclamés dans l'ordre religieux, et la nuit du 4 août fut, dans le domaine de la propriété, la consécration du principe personnel qui, dès le seizième siècle, avait été opposé à la hiérarchie ecclésiastique, et qui, bientôt après, fut dirigé contre toute la féodalité. Le principe personnel de la propriété avait été d'ailleurs fortifié dans les derniers siècles par l'extension toujours croissante du travail industriel, source de la propriété mobilière, qui imprime à chaque œuvre le cachet de la personnalité humaine.

La France, au sein de laquelle le système féodal avait été créé, eut la mission de le briser, de constituer comme propriétaires ceux qui avaient travaillé le sol pendant des siècles, et de faire passer les biens accumulés de main-morte immédiatement dans la main des travailleurs. La plupart des États du continent ont, quoique trop tardivement, suivi son exemple. Le grand bienfait du nouvel ordre de propriété a été non-seulement d'avoir été un nouveau stimulant à la production des biens, mais aussi d'avoir donné à l'agriculteur le sentiment de la propriété, l'amour du sol qu'il fait fructifier, et la France comme les autres États du continent qui ont adopté ce système ont préparé à la classe la plus nombreuse des travailleurs une condition plus digne, plus libre et plus morale que l'Angleterre, où la grande partie des fermiers ne connaît pas le sentiment légitime de la propriété[1].

Le système consacrant aussi pour la propriété foncière le principe de libre disposition entre vifs et par testament ainsi que le partage dans la succession *ab intestat*, a produit, il est vrai, un grand morcellement du sol, qui, sous plusieurs rapports, est préjudiciable à une bonne culture; mais ce

[1] Ceci a fait dire à un célèbre économiste allemand (Thaer) que le propriétaire agricole regarde son bien comme une épouse, le fermier comme une maîtresse. Pour la France, la Société impériale d'agriculture compte, y compris les membres de famille, propriétaires fonciers 7,159,284, fermiers 2,588,311, métayers 1,412,037, journaliers 6,122,747, hommes et femmes de service 2,748,263, coupeurs de bois 320,986. (V. Roscher, t. II, § 40.)

système, marquant un grand progrès sur le système féodal, doit aussi former la base des réformes ultérieures, qui peuvent être tentées, dans l'ordre agricole, par des sociétés coopératives (p. 87).

Toutefois le système de libre disposition des propriétés immobilières et mobilières tend déjà, comme à Rome, à une conséquence analogue, à amener de grandes concentrations de fortunes d'après le principe d'attraction des masses, puissant également en économie politique, quand il n'est pas contre-balancé par des principes moraux. Or, ces principes se trouvent dans l'association que, dans ses formes durables, le droit romain n'a pas connue, et que la science moderne doit approprier aux besoins du mouvement d'association déjà si fécond en grands résultats.

IV. Nous avons ainsi constaté dans l'histoire ancienne et moderne le développement de la propriété en rapport avec l'esprit général d'une époque et avec le génie des peuples; nous avons vu que tantôt l'élément social, tantôt l'élément individuel de la propriété est devenu prédominant. Aujourd'hui c'est ce dernier qui est constitué presque en maître absolu. Mais, pour que la véritable doctrine de la propriété s'établisse dans les esprits et dans l'ordre social, il faut que l'on comprenne la nécessité de combiner rationnellement l'élément social et l'élément personnel, de les compléter l'un par l'autre dans la théorie organique de la propriété. Cette théorie ne saurait cependant être conçue sans la doctrine de l'humanité, qui seule peut faire connaître les rapports intimes et organiques établis entre la partie et le tout, entre l'individu et l'espèce, enfin entre toutes les sphères de personnalités collectives ou morales, la famille, la commune, la nation et l'humanité tout entière. De plus, la doctrine harmonique de la propriété doit de nouveau recevoir sa consécration par des principes supérieurs de religion et de morale. Ce sont des sentiments religieux et moraux qui, plus que tous les raisonnements tirés de l'intérêt ou de l'utilité pu-

blique, peuvent opérer des reformes que la justice ne peut imposer et encore moins maintenir par la force. Toute l'histoire atteste que l'organisation de la propriété a toujours subi l'influence décisive des convictions dont les hommes étaient animés; l'avenir ne donnera pas de démenti au passé; il montrera au contraire avec plus d'évidence la liaison intime qui existe entre l'ordre spirituel et l'ordre matériel des choses, et prouvera que la doctrine harmonique de Dieu et de l'humanité harmonisera aussi le principe personnel et l'élément social de la propriété, en repoussant à la fois l'individualisme et le communisme.

TITRE TROISIÈME.

Politique de la propriété, ou considérations sur l'organisation de la propriété dans la vie sociale.

---

§ 68.

RÉFLEXIONS PRÉLIMINAIRES.

L'histoire de la propriété, d'accord avec la théorie, a fait connaître l'intime liaison qui existe entre l'organisation sociale de la propriété et les conceptions morales et religieuses répandues chez une nation. La propriété, il est vrai, est le lien le plus étroit qui unisse l'homme à la nature et paraît opposer à la liberté les mêmes difficultés que le monde physique en général. Toutefois nous avons vu que des modifications notables ont eu lieu dans l'assiette de la propriété depuis l'antiquité jusqu'à nos jours. Ces changements ont été opérés,

d'un côté, par l'application des principes de droit et de morale, et de l'autre, par l'accroissement de l'activité industrielle qui a ôté de plus en plus à la propriété la caractère de stabilité, en la rendant plus mobile, plus susceptible de transactions et de transmissions, plus propre enfin à se plier à tous les arrangements libres de la volonté humaine.

De plus, la théorie et l'histoire ont fait ressortir avec évidence deux grandes vérités: d'abord, que le principe de la *personnalité libre*, qui est la source de la propriété privée, doit rester la base de toute organisation sociale des biens matériels; ensuite, que toute réforme à introduire dans cette organisation doit s'appuyer sur des convictions *morales*, c'est-à-dire, sur les mœurs publiques, quand il s'agit d'une législation nouvelle, ou sur la moralité privée, quand on veut, dans une association particulière, changer le mode d'acquisition et de répartition des biens. Toutes les mesures que la politique peut commander à cet égard seraient vaines et illusoires, peut-être même contraires au but qu'on veut atteindre, si elles n'étaient pas soutenues par l'esprit moral des populations ou des classes auxquelles elles s'adressent. Il y a sans doute quelques mesures d'un caractère plus extérieur qui peuvent être prises sans danger par l'État, soit pour lever d'injustes entraves imposées au libre mouvement des biens, soit pour défendre certains abus patents par des règlements de police, soit pour établir les impôts d'après la fortune des personnes. Cependant ces mesures, dont nous indiquerons les plus importantes, sont tout-à-fait insuffisantes pour amener une amélioration notable ou une distribution plus juste des biens entre les diverses classes de la société. Le moyen principal d'arriver à des réformes sérieuses et durables sera toujours de propager de justes principes, d'inspirer des convictions morales plus profondes, de ranimer aussi, par rapport à la propriété, le sentiment des devoirs que tous ont à remplir: devoirs individuels de modération, de tempérance dans l'usage des biens; devoirs sociaux de bienfaisance, d'aide, de secours des

riches envers les pauvres; enfin, devoirs de probité, de loyauté et de justice dans toutes les associations qui ont pour objet la production, l'acquisition et l'échange des biens. Quand de meilleurs liens moraux s'établiront entre les hommes, la propriété sera aussi mieux envisagée dans ses rapports sociaux: l'égoïsme effréné, qui se montre aujourd'hui dans tout ce qui tient à l'acquisition et à la jouissance de la propriété privée, sera ramené aux justes limites de ce qui est compatible avec l'individualité morale de chacun, et l'association, dirigée par des mobiles plus élevés, pourra répandre ses bienfaits sur l'organisation matérielle de la société. Les deux extrêmes de l'individualisme et du socialisme, de la propriété privée exclusive et de la propriété complétement commune seront alors également évités, et un vrai système *organique* de la propriété, conciliant les droits de la personnalité libre avec les devoirs que le but commun impose à tous, pourra peu à peu s'établir dans la société.

Mais avant d'exposer les moyens qui peuvent être employés, surtout par l'association, pour atteindre ce but, nous devons indiquer brièvement les raisons par lesquelles on a justifié soit le système de la propriété privée, soit le système de la propriété commune.

§ 69.

AVANTAGES, INCONVÉNIENTS ET CONDITIONS DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET DE LA PROPRIÉTÉ COMMUNE [1].

L'histoire de la propriété nous a enseigné que le développement de la propriété est le reflet de l'évolution de l'ordre social, et que de même que celui-ci n'a pas commencé par une agrégation d'individus isolés, mais par les communautés

[1] Nous renvoyons pour l'examen de ces questions du point de vue de l'économie politique à l'appréciation aussi juste que riche en détails historiques de M. Roscher, dans ses *Principes de l'économie politique*, chap. V; traduction française par M. Wolowski, 1857.

de familles plus ou moins réunies en gents, en tribus, etc., de même la communauté de biens, ou mieux la propriété commune, collective, a précédé la propriété individuelle. Cette propriété s'est développée à mesure que la conscience de la personnalité, de la liberté, s'éveillait et se fortifiait par le *travail*, et le travail étant surtout manifesté dans les choses mobilières, celles-ci devaient former le premier fonds de propriété individuelle, tandis que les fonds de terre restaient le plus longtemps la propriété collective des tribus ou des familles. Nous avons vu que le mouvement dans l'ordre de propriété a aussi oscillé entre les deux pôles opposés d'une communauté sociale et de l'individu, que surtout le système de la propriété privée, quand il était arrivé à une application presque exclusive, a toujours provoqué les tendances au communisme et au socialisme. Les causes générales de ce phénomène ont été précédemment exposées (t. I, p. 81). Les causes pratiques sont, d'un côté (comme M. Roscher l'a indiqué, l. c.), l'apparition des extrêmes de la richesse et de la pauvreté, l'absence d'une large classe moyenne, un haut degré de la division du travail, dans laquelle la facilité plus grande de s'enrichir paraît diminuer le mérite personnel, la difficulté dans certains temps de trouver l'occasion de gagner le pain par le travail, l'altération du sentiment public du droit par des révolutions et l'élévation des prétentions des classes inférieures par suite de constitutions démocratiques; d'un autre côté, il faut chercher une cause pratique de ces tendances dans des convictions ou opinions religieuses, qui conduisent leurs partisans profondément convaincus à réaliser la communauté de foi et l'abnégation qu'elle commande, soit par une communauté complète de biens (comme dans les cloîtres), soit sous une forme plus mitigée (comme chez les frères de la vie commune, chez les premiers colons de Newhagen, au Connecticut, chez les Shakers et les Rappistes luthériens, etc.), quoique quelquefois la religion soit devenue un prétexte pour imposer par la force ce

qui ne peut être créé et maintenu que par la puissance de la conviction et par le libre acquiescement de ses partisans.

Aujourd'hui, le système de la propriété privée a prévalu par suite du développement de la personnalité humaine dont elle est le fondement matériel; et quoique ce système puisse recevoir de grandes modifications par des associations plus ou moins complètes et intimes, le principe de propriété individuelle doit toujours recevoir une consécration, et il ne pourrait être détruit qu'avec la mutilation de la personnalité du côté physique ou matériel; les changements même dont ce système et susceptible ne peuvent être introduits que par l'élévation des motifs de l'activité humaine, par la plus grande énergie que reçoivent l'esprit commun, les sentiments d'honneur, de solidarité, de fraternité, surtout dans l'association ou la corporation.

La propriété a donc sa racine dans le mobile de l'intérêt propre, qui est devenu le plus grand stimulant pour le perfectionnement matériel de la société, si important pour l'élévation de la culture sociale; elle est, à plusieurs égards, la sauvegarde de la liberté personnelle et de la vie de famille. Elle assure à chacun une sphère d'existence qui est la condition nécessaire pour la consécration de la personnalité humaine dans le domaine matériel ainsi que dans la vie sociale. Elle maintient entre les hommes, par l'inégalité de sa distribution, une subordination nécessaire surtout dans les grandes entreprises industrielles. Le système contraire conduirait facilement à une égalité mal entendue, dans laquelle tous voudraient commander et personne obéir. La propriété individuelle prévient un grand nombre de conflits qui s'élèveraient infailliblement parmi les hommes sur la distribution ou le partage des biens sociaux, dans le système de la communauté établie et maintenue par une force de contrainte. Enfin la bienfaisance et la charité individuelle, tout en trouvant aussi dans un autre ordre social assez d'occasions de se manifester, et quoiqu'il vaudrait mieux qu'il n'y eût point de malheureux dépendant de la charité des autres,

peuvent s'exercer dans un domaine important et être portées à une grande abnégation. La propriété privée est donc intimement liée à toute la manière de penser, de sentir et d'agir de la société actuelle, elle est la base de son organisation et la condition de son développement.

Les arguments opposés contre le système de la propriété privée par les communistes et socialistes, surtout par Platon, Thomas Morus, Campanella, Harrington, Rousseau, Morelly (Basiliade, 1753), Mably, Babeuf, Buonarotti (dans son récit: *Conjuration de Babeuf*, 1821), Owen, St.-Simon, Fourier, Cabet, et même sous le point de vue critique et scientifique par le célèbre jurisconsulte Hugo (*Naturrecht*, 4e édit., 1819), sont généralement tirés de l'ordre moral; ils consistent à dire que le système de la propriété privée se fonde sur l'intérêt privé et fortifie l'égoïsme, qu'il établit et nourrit une lutte continuelle entre les individus, qui, dans leur désir d'acquérir la plus grande somme de biens possible, doivent nécessairement se faire tort les uns aux autres; on fait remarquer que ce système isole les forces de l'homme et de la société, susceptibles d'être beaucoup mieux employées, que de plus, en isolant les hommes, il multiplie outre mesure des objets qui pourraient être utilisés par plusieurs personnes, et entraîne ainsi une énorme déperdition de forces, qu'il est la source principale de la plupart des délits et des crimes qui sont commis dans la société, qu'il est la cause d'une inégalité trop grande sans rapport avec le vrai mérite des hommes, qu'enfin ce système se fonde, quant aux modes d'acquérir la propriété, bien plus sur le hasard que sur les talents et l'activité de l'homme.

Ces arguments portent, d'un côté, sur quelques conséquences inévitables du principe fondamental, et tendent, d'un autre côté, à signaler comme immoral le motif d'intérêt propre, racine de la propriété. Mais en voulant changer ces motifs eux-mêmes par l'introduction de la communauté, ils prennent l'*effet* pour la *cause*, parce que, comme nous l'avons

constaté à différentes reprises, tout système de propriété est avant tout un produit de l'état moral de la société, et comme celui-ci ne se laisse jamais changer par la violence, l'État ne doit jamais employer sa force de contrainte pour changer l'organisation de la propriété dans ses principes moraux. Sans doute, il doit être loisible à chacun de former avec d'autres une association présentant un mode d'organisation de biens, tel qu'ils le jugent le plus conforme à leurs vues morales. Cette faculté d'association est incontestable d'après le droit naturel, et les lois civiles, qui permettent à chacun de disposer librement de sa propriété, ne peuvent mettre obstacle à ce que plusieurs s'associent librement et paisiblement pour tel ou tel mode d'organisation de leur avoir et de distribution des bénéfices de leur travail. Le droit doit ici protéger une faculté essentielle de l'homme. Si les véritables conditions morales d'une pareille association sont méconnues, elle se dissoudra bientôt d'elle-même; mais aussi longtemps que ces sociétés n'établissent que diverses combinaisons de biens qu'elles regardent comme plus justes ou plus utiles pour tous les membres, et qu'elles respectent les conditions morales de l'existence de la famille, base première de tout l'ordre social, l'État ne doit intervenir par aucune défense; car le but de faire des biens acquis ou à acquérir une meilleure distribution à tous est en lui-même moral, et le choix des moyens, pour autant qu'ils ne s'écartent pas des principes du droit, doit être abandonné à la liberté individuelle, qui, après des essais infructueux, peut enfin trouver des combinaisons heureuses, dont l'influence se répandrait dans la société.

Mais c'est précisément parce que tout système de propriété est un produit de l'état moral de la société, qu'il faut repousser tout changement radical qui serait imposé par la violence, de quelque manière qu'elle se manifeste, sous la forme de la loi ou de la révolution. C'est donc une erreur d'autant plus grave, qu'elle entraînerait un bouleversement

complet de toutes les positions sociales, sans profit pour l'humanité, que de croire qu'on pourrait imposer par une révolution politique le système de la communauté des biens. Cette opinion a été souvent, dans les temps modernes, l'effet d'une autre doctrine plus généralement admise sur la toute-puissance de l'État et sur son droit absolu d'intervenir dans tous les rapports de la vie sociale. Il faut espérer que l'opposition qui devient de plus en plus énergique dans tous les pays contre ce système de gouvernement, par suite de la diffusion d'idées plus justes sur le but de l'État et sur sa sphère d'action, fera disparaître les derniers restes de cette doctrine, qui remplacerait la liberté par le despotisme.

§ 70.

DES MESURES PARTICULIÈRES QUI PEUVENT ÊTRE PRISES PAR L'ÉTAT PAR RAPPORT A LA PROPRIÉTÉ.

Comme dans les sciences on s'élève généralement des faits aux principes, on commence aussi ordinairement, quand il s'agit de trouver un remède à un mal, par combattre des symptômes, par prendre quelques mesures spéciales considérées souvent comme des panacées, et on arrive seulement plus tard à comprendre la nécessité d'attaquer le mal dans ses causes. C'est ainsi qu'on a proposé plusieurs mesures pour remédier aux inconvénients résultant du système actuel de la propriété, mesures dont les unes sont violentes et impraticables, d'autres déjà pratiquées, mais insuffisantes.

La proposition d'établir un *maximum* de fortune et d'attribuer à l'État tout ce qui serait acquis au delà, aurait peu de valeur pratique, si le maximum était très-élevé; en tous cas, il pourrait facilement être éludé et arrêterait l'action des hommes qui auraient acquis avec leur fortune une grande capacité dans la gestion des affaires. On a fait observer avec raison qu'il serait plus juste de fixer un *minimum* auquel chaque membre de la société pourrait prétendre; et, en effet, tel est

aussi le but dans le règlement de la question du paupérisme, et, d'un autre côté, ce but est encore mieux atteint librement dans l'élévation du *standard of life* de la classe ouvrière (p. 5).

La *taxe des pauvres* est un moyen peu propre à arrêter les effets du paupérisme[1]. Cette taxe, qui sous des noms différents existe dans la plupart des pays, devient une véritable calamité quand elle doit être établie sur une large échelle. Le régime de la taxe, conséquence de la misère, est à son tour une cause de démoralisation. Ceux-mêmes qu'il doit soulager y ont toujours opposé une vive résistance, et l'opposition s'accroîtra à mesure que les sentiments moraux se développeront dans les classes inférieures.

On a proposé d'abolir complétement les *successions en ligne collatérale* et d'augmenter par là le revenu public. Mais cette mesure est trop violente; elle méconnaît le principe de succession là où il est réclamé par des considérations moins fortes, il est vrai, mais analogues à celles qui existent pour la ligne directe. Les seules mesures que l'État puisse prendre à cet égard, c'est de réduire les degrés de succession *ab intestat*[2], et de les frapper d'un droit proportionnel d'après les degrés de parenté. Ce droit est déjà perçu dans beaucoup d'États; mais il pourrait être augmenté et devenir progressif d'après la quotité laissée à chaque héritier.

Beaucoup de publicistes ont insisté sur un changement

[1] Voir, sur la question du paupérisme en général, l'ouvrage de M. Moreau Christophe: *Du problème de la misère et de sa solution chez les peuples anciens et modernes*, 3 vol. Paris, 1851. L'auteur se prononce fortement contre la charité dite légale, et ne voit de remède que dans la réorganisation de *diaconies*, dont il développe le plan. Cependant l'État ne peut être entièrement mis à l'écart, au moins sous le rapport du droit, en cette matière; car il doit avoir les moyens de s'assurer que les devoirs de droit sont remplis par la société envers les pauvres. Pour la connaissance de l'état du paupérisme dans les principaux pays, nous renvoyons aux ouvrages de statistique.

[2] D'après le code français, les successions *ab intestat* au delà du douzième degré échoient à l'État; mais on pourrait adopter ce principe sans inconvénient à partir du septième degré. En droit naturel, on ne saurait pas même justifier la succession *ab intestat* au delà du quatrième degré.

dans l'*assiette de l'impôt*, en remplaçant les impôts indirects par un impôt direct et progressif d'après la fortune. Les objections qu'on a faites contre ce changement sont tirées de la difficulté d'établir un impôt qui suppose la connaissance de la fortune des particuliers. Ces difficultés existaient en effet quand on a songé pour la première fois à l'établir en France (par la loi du 13 janvier 1791)[1]. Mais elles ont bien diminué depuis que les fortunes des particuliers sont devenues plus publiques par la concentration des capitaux dans les grandes entreprises industrielles, par la multiplication des banques et des sociétés par actions. Il y a d'ailleurs aujourd'hui beaucoup d'autres moyens de connaître d'une manière au moins approximative l'état de fortune d'un individu. Cette mesure a été suffisamment discutée dans ces derniers temps pour qu'on ait pu se convaincre de la possibilité et de la nécessité de son application: elle est réclamée par une bonne et prévoyante politique, parce qu'elle ne blesse en rien la justice et qu'elle est un moyen efficace d'alléger les charges qui, par le système prédominant des impôts indirects, pèsent sur les classes inférieures de la société. Toutefois il faut reconnaître que la difficulté principale pour organiser cet impôt sur une large échelle réside encore dans l'état de *moralité* des classes moyennes et inférieures. L'État doit pouvoir compter, dans l'assiette d'un impôt, sur la *certitude* des rentrées. Cette certitude existe pour lui dans les impôts indirects, où

[1] Ces moyens ont été exposés et défendus contre les objections qu'on pourrait y opposer, par M. Decourdemanche: *Lettres sur la législation dans ses rapports avec l'industrie et la propriété*, 1831. Cet ouvrage, où se trouvent quelques idées pratiques de la doctrine saint-simonienne, renferme d'excellentes vues sur le système hypothécaire, l'industrie et le système des banques; elles ont été depuis réalisées en grande partie.

La question de l'impôt progressif a gagné beaucoup de terrain depuis quelques années. Les objections tirées de la difficulté de taxer le revenu doivent tomber, depuis qu'un des plus grands hommes d'État, Robert Peel, a établi l'*income-tax* pour tous les revenus au-dessus de 3,750 fr., mesure financière qui a été couronnée d'un plein succès; depuis des gouvernements très-éloignés du radicalisme, comme l'Autriche en 1848 et presque tous les États allemands, ont établi un impôt modérément progressif sur le revenu.

il saisit les objets immédiatement lors de leur production, distribution ou consommation, tandis que, dans l'impôt direct, l'État ne pourrait pas, chez un grand nombre de familles, compter sur l'épargne et sur le payement à jour fixe. De plus, les impôts indirects ont l'avantage de se faire à peine sentir par ceux qui les payent. Néanmoins, comme ils pèsent généralement dans une proportion bien plus forte sur les objets de première nécessité, il faut tendre à les remplacer par des impôts directs, et à exempter de ceux-ci tous les revenus au-dessous d'un certain taux.

Enfin une question d'une haute importance concerne la condition de la classe d'hommes qui se livrent aux travaux de science, d'art, de littérature, dont le nombre va en augmentant, mais dont les travaux ne sont souvent pas assez appréciés ou honorés pour que leurs auteurs y trouvent des moyens de subsistance suffisants. Cependant, ces travaux de science et d'art sont la source principale de l'enseignement et de l'éducation libres se poursuivant, après les écoles, dans la société, et il est du devoir de l'État d'intervenir là où les efforts de l'association sont insuffisants [1].

§ 71.

DES MESURES GÉNÉRALES PROPRES A AMENER UNE MEILLEURE ORGANISATION DE LA PROPRIÉTÉ.

Les causes principales des maux qui découlent de la constitution actuelle de la propriété et de toute production résident principalement dans l'isolement produit entre les hommes, par suite de la rupture de tous les liens corporatifs

[1] L'Allemagne possède depuis 1859 la fondation-Schiller et la fondation-Tiedge, qui réunissent ensemble un million huit cent mille francs; néanmoins elles sont loin de suffire aux vrais besoins, et aussi longtemps que, dans le pays principal, la Prusse, les maîtres d'école, instituteurs officiels, se trouvent dans une position plus triste que dans tout autre pays allemand (à l'exception du Mecklembourg), il n'y a guère à espérer que les États entraînés aux dépenses militaires songent à secourir le travail de l'intelligence.

dans l'industrie, et des liens permanents entre l'homme ou la famille et le sol dans l'ordre agricole. La pleine liberté de disposition de l'homme quant à sa propriété et à ses forces de production a été la source d'une plus grande prospérité matérielle de la société, prospérité cependant qui ne s'est pas répandue en proportions égales sur toutes les classes qui y ont coopéré. En général, le système de la liberté individuelle, ayant mis en présence les propriétés et les forces individuelles, la conséquence en devait être que, d'un côté, même dans cet ordre de choses, se fît valoir la loi des masses d'après laquelle des propriétés ou forces plus grandes en attirent ou en absorbent de plus petites, et que, d'un autre côté, les rapports de dépendance prissent un caractère plus arbitraire, par le fait que ceux qui possèdent et qui peuvent attendre de meilleures conjonctures ou profiter de bonnes chances sont plus à même de faire la loi à ceux qui se trouvent dans le besoin. Les remèdes, pour porter sur les causes, doivent donc viser au but de faire pénétrer autant que possible des principes *moraux* dans tout l'ordre de propriété, de rétablir des liens plus intimes par l'*association* de faire prendre à l'État les mesures les plus favorables pour la *production* des biens, en tenant compte de la différence entre l'ordre industriel proprement dit et l'ordre agricole, et enfin de faire augmenter par l'État le domaine des *biens communs* accessibles à toutes les classes.

Dans différentes questions, nous avons déjà constaté cette importante vérité, que, de même que dans la nature, toute la matière élémentaire est mue par les forces générales appelées autrefois fluides impondérables, de même l'ordre matériel de la société est déterminé et influencé, et souvent à un haut degré transformé par les principes et les lois de l'ordre moral. Aussi la solution du problème qui nous occupe dépend-t-elle en grande partie de la propagation et de l'action puissante des vertus de bienveillance, de sympathie, de probité, de fidélité, de modération et d'empire

sur soi-même, vertus formant un capital moral qui donne la meilleure impulsion au travail matériel, qui vivifie la production et facilite, dans le partage des biens acquis en commun, l'application des principes de justice et d'équité. Et comme la morale s'appuie sur la religion, les vertus morales seront le mieux pratiquées dans une société où les vérités fondamentales de la religion ne sont pas seulement maintenues par la foi, mais développés méthodiquement par la science philosophique et entourées de respect par une littérature, qui, tout en s'adressant dans les œuvres d'art à l'imagination, doit s'inspirer d'un idéal dont la dernière source est en Dieu et ce qui est divin. La société actuelle se nourrit encore du capital moral du christianisme, des généreuses idées d'humanité accumulées par une philosophie spiritualiste et par une noble littérature antérieure; mais évidemment un déclin moral se manifeste dans les régions sociales et intellectuelles qui ont donné généralement la direction au mouvement social, et il n'y a pas lieu de s'étonner que, dans une époque où une fausse science dégrade l'homme et le ravale au niveau de la brute, les forces brutales se mettent à la place de la liberté et de la justice. C'est cependant cette fausse direction dans les régions supérieures de la société qui arrêterait toute réforme solide et durable dans l'ordre matériel des biens, si on ne devait pas s'attendre au retour d'une conception plus juste et plus digne de la nature humaine, comme cela s'est opéré plusieurs fois après des aberrations analogues. Les classes sociales, vivant avant tout du travail, sont restées d'instinct les plus antipathiques à la glorification des principes de puissance, mais il importe que l'intelligence et le cœur de ces classes trouvent une nourriture positive par une meilleure instruction continuée après l'achèvement de l'instruction scolaire, et offerte, faute de gouvernements absorbés aujourd'hui dans d'autres soins, par tous ceux qui, dans la question de l'amélioration du sort des classes ouvrières, ont embrassé la cause de l'humanité et de tout l'ordre social.

L'association libre a été comprise plus haut comme la mesure positive la plus efficace pour résoudre, par degrés, progressivement, le problème de l'harmonisation du principe privé et commun dans la propriété collective organique, sous les conditions qui dépendent des convictions et de toute la nature morale des associés. Bien des formes peuvent être établies en vue d'harmoniser le principe privé et le principe social, et ces formes sont légitimes au point de vue moral de l'état des associés. Le point d'intersection entre le droit de l'individu et le droit de la société, entre la part faite à chacun et celle faite à tous, est une ligne mobile qui varie avec le degré de culture et de moralité des membres de l'association; le contrat par lequel ils règlent leurs rapports exprime cet état intellectuel et moral. Le partage des bénéfices, par exemple, peut se faire d'après des principes différents: ici l'on accordera d'abord un minimum à tous, et l'on fixera ensuite telle portion pour le capital, le travail et le talent des entrepreneurs ou directeurs; là on posera d'autres proportions; enfin les formes peuvent être très-variées, pourvu qu'il y ait véritable association humaine, et non pas, d'un côté, des exploitants, et de l'autre, de simples salariés. Les formes qui seront adoptées dépendront des principes et des sentiments moraux et religieux de ceux qui fondent l'association; mais aussi la meilleure réussite de l'une ou de l'autre sera, dans des conditions égales, la démonstration sociale de la supériorité de tel ou tel système moral et religieux. Alors on se convaincra qu'on ne peut pas baser une société sur le seul intérêt bien entendu, ni sur la destruction du principe de la personnalité humaine. Toutes les doctrines morales et religieuses sont appelées sur ce terrain expérimental, où il s'agit, non pas d'établir quelques liens superficiels et passagers en faisant l'aumône, mais d'associer les hommes sous toutes les faces de la vie. Il faut que l'esprit religieux et moral s'anime d'une vie nouvelle et se combine avec une

forme d'association qui ne supprime aucun élément essentiel de la nature humaine.

Dans l'ordre matériel, il y a autant de genres qu'il y a de buts économiques à poursuivre. La société coopérative de production est l'association économique la plus importante, et doit être le but principal dans le mouvement de réforme économique.

L'État doit favoriser l'esprit d'association, en établissant par la *loi* les conditions générales sous lesquelles les sociétés pour tel ou tel but économique peuvent s'établir sans concession préalable, en appropriant cette loi aux besoins nouveaux qui se sont fait sentir, et pour la satisfaction desquels les anciennes formes légales sont insuffisantes (voir, dans le droit social, la réforme faite nouvellement en France, surtout en vue des sociétés coopératives, par la création de la forme légale de la *société à capital variable*). L'État a le plus grand intérêt à ce que la société économique sorte de l'état atomistique dans lequel elle a été mise par la dissolution, en elle-même nécessaire, des anciens liens corporatifs, et que de nouvelles corporations libres se forment comme de vrais organes pour l'organisme social. Sans attendre qu'une telle réorganisation soit accomplie, les États modernes en ont déjà établi, sous le côté formel, certains cadres par l'institution des *chambres* du *commerce* et de l'*industrie*, auxquelles doivent être jointes des chambres de l'*agriculture*, par l'établissement du *conseil de prud'hommes*, appelés principalement à vider les différends qui peuvent survenir, des tribunaux de commerce, auxquels doivent se joindre les tribunaux de l'agriculture, etc.; sous le rapport matériel, ils peuvent contribuer à l'amélioration de la classe des travailleurs, en obligeant partout les grands établissements ou les associations étendues qui n'intéressent pas les travailleurs directement d'une manière ou de l'autre aux profits, à allouer des sommes à déterminer selon des bases diverses aux caisses de *pension*, d'*assistance* et de *secours* pour les

cas de maladie, d'accidents, de chômage forcé, etc. Quand ainsi une expérimentation aura été faite sur une grande échelle, l'État pourra réunir toutes les mesures particulières dans un seul faisceau et établir de nouveau le *droit social de l'ordre et du travail économique.*

Pour favoriser la *production* dans l'ordre industriel et agricole, l'État doit prendre les mesures indiquées par les principes de l'économie politique[1]. A la science du droit naturel échoit principalement la mission de déterminer le dernier but que l'État doit chercher à atteindre progressivement, par des mesures législatives en rapport avec les besoins, la conscience éclairée et toute la culture d'une époque. Or, le dernier but auquel l'État doit viser, c'est d'établir un rapport de droit direct, *immédiat,* entre le travailleur et l'objet du travail, c'est-à-dire de le constituer *propriétaire* sous une ou sous une autre forme (§ 62). L'avénement d'un tel état de choses sera, dans l'ordre matériel, la dernière conséquence de l'esprit général de l'époque moderne (t. I, p. 81) tendant, par la formation des sociétés coopératives, à supprimer partout les intermédiaires non absolument indispensables, et à établir un rapport immédiat entre l'homme et les sources premières des biens qui sont les objets de son activité. Nous avons déjà constaté pour l'ordre industriel le mouvement des classes ouvrières tendant à faire constituer le travailleur en actionnaire, à lui donner une part dans la co-propriété sociale, et à le faire profiter directement des bénéfices d'une entreprise. Des essais ont été faits pour appliquer le même principe d'association à l'ordre agricole. Mais on peut prévoir que, dans cet ordre, la société coopérative rencontrera par sa nature des difficultés bien plus grandes que dans l'ordre industriel, et il se présente dès

[1] Nous renvoyons aussi sur cette matière à l'ouvrage cité de M. Roscher, surtout aux *Principes d'économie politique,* trad. franç., 1857, où, dans el second volume, toutes les questions principales concernant l'agriculture ont été traitées à la fois avec une profonde connaissance de l'histoire et des besoins pratiques.

lors la question de savoir si l'État lui-même ne doit pas intervenir, par des mesures plus énergiques, pour remédier à des maux produits par une fausse proportion dans le nombre des propriétaires et de ceux qui en dépendent, comme fermiers, journaliers, etc. L'histoire moderne atteste l'importance majeure que les États ont attachée à détruire les anciens rapports de dépendance et à constituer une grande classe de véritables propriétaires fonciers[1]. Or, après avoir opéré ces grandes réformes, l'État ne saurait avoir pour but de créer de nouveaux rapports de dépendance à plusieurs égards plus préjudiciables que les rapports anciens, en permettant que les principes de disposition arbitraire empruntés au droit romain soient transportés complétement du domaine des biens meubles à la culture du sol, lequel, pour rendre à l'homme les richesses qu'il récèle et pour recevoir de lui les améliorations nécessaires, exige des soins assidus, des efforts continus combinant le présent avec l'avenir. Si grands que soient les reproches qu'on puisse faire à l'ancien système de féodalité et de dépendance, il a eu au moins l'immense avantage d'avoir maintenu, pendant des siècles, une nombreuse classe de paysans, très chargée sans doute de corvées, de dîmes, etc., mais conservant, avec la conscience d'avoir un droit héréditaire sur le sol, l'amour

[1] Depuis que la Russie a accompli la grande réforme de l'abolition du servage, en rendant les serfs propriétaires, le continent présente un état plus favorable à la classe vivant du travail agricole que la Grande-Bretagne: d'abord en Irlande, la force brutale du vainqueur a spolié les vaincus de leur propriété, et a légué aux temps modernes un devoir de répartition qui ne pourra s'accomplir d'une manière suffisante que par l'emploi de mesures analogues à celles adoptées sur le continent; en Angleterre, l'aristocratie terrienne, devenue elle-même propriétaire, a créé, depuis Charles II, la grande masse des fermages à courte durée, et encore sous forme de *tenancies at will*, de manière qu'il n'y a de vrais paysans libres qu'en peu de contrées; en Écosse enfin, il y a, surtout dans le nord, une telle concentration des propriétés foncières, que le nombre des propriétaires est peu considérable (ils sont actuellement au nombre de 7,800; voir Roscher, l. c., § 103). Il est à prévoir que, par suite de la dernière réforme démocratique de la loi électorale, dans un temps plus ou moins éloigné, les questions de réforme agricole seront soulevées, pour être résolues, comme il faut l'espérer, avec l'équité et le sens pratique que l'esprit anglais a montré si souvent dans d'autres réformes.

de ce sol, transmis de génération en génération dans la famille. Aujourd'hui, au contraire, les principes de disposition arbitraire, empruntés au droit romain, menacent l'ordre social dans ses fondements, en mobilisant ce qui est de sa nature et doit essentiellement rester un bien immeuble, pour servir de base aux rapports durables de l'homme et des familles avec le sol. L'économie politique considère les anciens rapports d'emphytéose et de fermage avec rente héréditaire comme plus favorables à la culture que les fermages à court terme; néanmoins les législations réformatrices sont allées généralement jusqu'à défendre le rétablissement d'institutions analogues, même sans les anciennes charges; et on ne peut que les approuver, parce qu'une classe distincte, jouissant de rentes perpétuelles, ne remplit pas une bonne fonction économique, et parce que, en général, les institutions transmises par le moyen-âge se montrent défectueuses sous le rapport du droit des personnes et de la production des biens. De plus, tous les remèdes qu'on a proposés, comme la fixation d'un minimum pour la division des propriétés foncières, ou le rétablissement des fidéi-commis de famille, etc., ne portent pas sur la source du mal, ou sont incompatibles avec l'esprit moderne d'égalité du droit des enfants. Le seul remède efficace consiste à approprier le droit concernant l'agriculture au but de l'agriculture dans ses rapports avec des hommes libres. L'économie politique a encore à examiner plus à fond, sous tous les rapports, les systèmes de métayage, de fermage à court et à long terme, le système des petites et des grandes propriétés; mais quand les principes que cette science a formulés sur les faits ont pénétré dans la conscience éclairée, et que le besoin pratique de les appliquer se fait sentir, il faut revendiquer pour l'État le droit d'établir, par la législation, les formes juridiques d'exploitation agricole le mieux en harmonie avec le but de la culture et avec un ordre stable de la société dans ses rapports avec la nature que la Providence elle-même paraît avoir créée comme la contre-partie, et

comme une certaine limite salutaire au mouvement et aux agitations des volontés libres.

Enfin le système de la propriété privée trouvera un des plus grands correctifs dans les *biens communs* de tout genre que l'État peut sans cesse augmenter et rendre accessibles à toutes les classes de la population. Ce devoir de l'État se rapporte surtout aux biens et aux moyens d'instruction morale, scientifique, artistique, qui sont généralement la condition essentielle pour s'élever aussi à un plus haut degré de bien-être matériel, et qui ne sont pas seulement à offrir dans les écoles ordinaires, mais aussi dans les écoles de perfectionnement des adultes; car ces écoles, surtout pour tous les arts mécaniques, sont à créer, non pas par les épargnes des ouvriers, mais aux frais de l'État, dont les obligations envers la grande et paisible armée de la production pourront un jour être mieux remplies, quand l'opinion publique, dans les pays civilisés, s'exprimera plus énergiquement contre les dépenses croissantes du système militaire, et en aura obtenu la réduction.

TROISIÈME SECTION.

DU DROIT GÉNÉRAL DES OBLIGATIONS ET PARTICULIÈREMENT DE CELLES QUI CONCERNENT LE PATRIMOINE D'UNE PERSONNE.

TITRE PREMIER.

Du droit général des obligations.

CHAPITRE PREMIER.

DES OBLIGATIONS CONSIDÉRÉES EN ELLES-MÊMES.

---

§ 72.

DE LA NATURE, DE LA RAISON ET DE LA CLASSIFICATION DES OBLIGATIONS.

Le droit des obligations est généralement considéré dans le droit positif comme étant coordonné au droit réel, mais il ne l'est ni à ce droit ni au droit des biens généraux personnels; il remplit pour ces deux genres de droits la fonction spéciale de régler les prestations de *choses* et d'*actes* auxquelles des personnes déterminées peuvent être astreintes envers d'autres. Les actes ou les faits résultant de la liberté font partie du domaine des biens personnels, tandis que les

14*

choses appartiennent au domaine des biens réels. On comprend par là pourquoi le droit des obligations fait reparaître dans son cadre les droits réels, en faisant des objets de prestation (par exemple dans l'échange, la vente, etc.), et pourquoi il comprend également toute espèce d'actes libres personnels, actes positifs (par exemple, des services), actes négatifs (par exemple, des omissions). Le droit des obligations est donc le cadre général dans lequel entrent, sous le point de vue de la *prestation*, les deux genres de droit examinés dans les deux sections précédentes; c'est le droit des obligations qui met en mouvement, en communication, en commerce, des biens qui sont ou immédiatement inhérents à la nature de l'homme, ou constitués, dans le droit réel, par le pouvoir immédiat de l'homme sur les choses de la nature.

2° L'obligation est un lien de droit entre plusieurs personnes qui astreint l'une à une prestation envers l'autre. L'obligation se distingue donc du droit des biens personnels et du droit *réel*, en ce que son objet *immédiat* est toujours une *prestation* comme telle, qui elle-même peut être la prestation d'une *chose* ou la prestation d'un *acte*, soit positif soit négatif. De cette différence découle comme conséquence que le droit par rapport à une prestation, résultant d'une obligation, compète toujours à quelqu'un contre une personne *déterminée*, tandis que les deux autres genres de droit imposent seulement à tous l'obligation de ne pas violer la personnalité humaine ou le rapport juridique immédiat existant entre une personne et une chose.

3° La *raison générale* du droit des obligations se trouve dans la nature finie ou bornée de l'homme qui, dans son existence et dans son développement, ne se suffit pas à lui-même, mais dépend aussi de prestations de la part de ses semblables, auprès desquels il doit en grande partie chercher et trouver aide et assistance. Les obligations ont donc leur raison d'être dans une nécessité physique et morale de la vie humaine, qui ne s'accomplit pas simplement par la coexis-

tence, mais plus encore par l'assistance réciproque des hommes. Comme la raison des obligations a donc son fondement dans des rapports qui en principe sont indépendants de la volonté, la *cause* qui donne naissance aux obligations réside aussi en premier lieu dans des rapports indépendants de la volonté de ceux qui se trouvent dans un lien obligatoire, et en second lieu seulement soit dans la volonté d'une seule personne ou dans la volonté concertée de plusieurs personnes (contrat). Ceci nous amène à la classification des obligations.

4° La *classification* des obligations a été faite déjà lors de l'exposition de la manière dont les rapports juridiques naissent entre les hommes (t. I, p. 193). Nous rappellerons seulement que la division fondamentale est celle des obligations *éthico-juridiques* et des obligations d'*intérêt matériel* ou de *patrimoine*. Les premières sont celles où l'objet de l'obligation est de son essence une prestation intellectuelle ou morale, mais se revêtant d'un caractère juridique, lorsqu'elle devient une condition appréciable dans un des rapports de la vie. C'est ainsi que la fidélité des époux est principalement une obligation morale, mais elle est une condition dans le mariage, et sa violation, quand elle est appréciable et constatée, entraîne aussi des conséquences juridiques. Le mariage même se fonde, avant tout, sur un ensemble d'obligations morales, mais ces obligations, en tant qu'elles sont une condition appréciable pour l'existence des rapports de famille, présentent un côté juridique et produisent des conséquences en droit. Dans les obligations éthico-juridiques, le fond moral est l'élément principal, le côté juridique l'élément secondaire et subordonné, de sorte qu'il n'est jamais permis de déroger par convention à l'obligation morale, et que les contrats conclus par rapport à des prestations de ce genre, comme le contrat de mariage ne peuvent contenir rien de contraire à la nature morale de l'institution, et ne permettent pas de contrainte pour des actes moraux. Les obligations de patrimoine, au contraire, bien qu'elles ne soient nullement dégagées de la mo-

rale, puisque l'homme doit aussi agir avec conscience dans le domaine des biens matériels, ont pour objet des prestations qui permettent l'emploi d'une contrainte directe ou indirecte et sont toujours susceptibles, quand elles ne sont pas remplies, d'une estimation pécuniaire *(æstimatio et condemnatio pecuniaria).*

Les obligations éthico-juridiques sont le plus convenablement exposées dans les matières qui traitent de ces rapports moraux, par exemple dans la doctrine de la famille. Les obligations de patrimoine sont au contraire celles qui sont communément exposées dans le droit des obligations. Mais nous devions ici rejeter une opinion erronée, adoptée par beaucoup de jurisconsultes romanistes, consistant à n'admettre d'autres obligations de droit que celles qui sont relatives au patrimoine. C'est rétrécir le domaine des obligations d'une manière contraire même à l'esprit du droit romain et surtout à l'esprit supérieur et moral des temps modernes.

Quant aux modes de naissance des obligations en général et des obligations de patrimoine en particulier, nous en avons distingué deux espèces, selon que les obligations naissent d'*états* ou de situations *indépendantes* de la volonté des personnes engagées dans un lieu; ou qu'elles naissent de la *volonté juste* ou *injuste* des parties; ces derniers se subdivisent donc en obligations naissant d'affaires juridiques, dans le premier cas, et obligations naissant d'un délit, dans le second. Le système des obligations, en commençant par les obligations d'affaires, qui sont les plus importantes, est donc celui-ci:

I. Obligations résultant d'affaires juridiques, ou *obligations d'affaires:*

A. Obligations *unilatérales* d'affaires, naissant de la volonté juste d'une seule des parties, par exemple dans la gestion des affaires d'autrui sans mandat, dans la tutelle et curatelle, etc.;

B. Obligations *bilatérales* d'affaires, naissant de la volonté concertée des deux parties, ou des *contrats:*

1° Contrats unilatéraux, inégaux ou *bienfaisants;* par exemple, la donation;

2° Contrats bilatéraux, égaux, *onéreux* ou synallagmatiques.

II. Obligations naissant de *délits;*

III. Obligations naissant d'*états* ou de *situations* qu'aucune des parties n'a créées par sa volonté[1].

[1] Le droit romain, en envisageant seulement le mode de naissance des *obligations*, les divise en trois classes, selon qu'elles naissent *ex contractu*, *ex delicto* ou *ex variis causarum figuris*. Cette dernière espèce est divisée de nouveau, d'après l'analogie d'un contrat ou d'un délit, en obligations *quasi ex contractu* et *quasi ex delicto*.

Les *contrats* eux-mêmes sont divisés, selon la manière dont ils naissent et deviennent parfaits, en quatre espèces:

1° Les contrats *réels; a)* les contrats réels *dénommés* comme le *mutuum*, le *commodatum*, le *depositum* et le *pignus; b)* les contrats réels innomés, d'après les formules *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*, parmi lesquels plusieurs contrats ont encore reçu un nom spécial, comme le contrat d'échange *(permutatio)*, le précaire *(precarium)* le *contractus æstimatorius* et le *contractus suffragii;*

2° Les contrats *verbaux*, parmi lesquels surtout la *stipulatio;*

3° Les contrats *littéraux;*

4° Les contrats *consensuels*, devenant parfaits par le seul consentement: *a)* la vente *(emptio-venditio); b)* le louage *(locatio-conductio); c)* le contrat de société *(societas)*, et *d)* le mandat *(mandatum)*.

Les *quasi-contrats* sont: *a)* la gestion d'affaires d'autrui sans mandat (*negotiorum gestio*); *b)* la *tutelle* et la *curatelle; c)* l'acceptation d'une succession (*aditio hereditatis*); *d)* l'*administration* d'une chose commune particulière ou d'une succession commune: *e)* le *payement* d'une dette indue.

La dénomination de quasi-contrats a été conservée dans le code français, art. 1371 et suiv. M. Belime dans sa *Philosophie du droit*, t. II, p. 417, a tourné avec raison en ridicule l'explication qui a été quelquefois donnée des quasi-contrats, comme étant des *conventiones fictæ*, ainsi que Wolff le supposait. «Si un physicien, dit M. Belime, pour expliquer la cause des marées, les attribuait à un vent feint, parce que le vent produit quelquefois des marées factices, chacun se moquerait de lui. Son procédé de raisonnement serait pourtant le même que celui de Wolff», qui est au fond celui du droit romain.

Outre les contrats, il y avait des *pactes* qui anciennement ne produisaient pas une action civile, mais dont plusieurs furent peu à peu garantis par une action, les uns par les préteurs (*pacta prætoria*), d'autres par des constitutions impériales *(pacta legitima;* par exemple, la donation), ou par le fait qu'ils furent immédiatement ajoutés à un contrat de *bonne foi* (*pacta adjecta*).

Suivent les obligations naissant de *délits* et de *quasi-délits*, et d'autres encore que le droit romain n'a pu ramener à une cause déterminée et qui sont rattachées à des raisons reconnues dans la loi, comme la raison d'équité dans les obligations naissant de la *lex Rhodia de jactu*, etc., etc.

La division du droit romain n'a donc qu'une valeur toute spéciale

§ 73.

DE LA DIFFÉRENCE ENTRE L'OBLIGATION ET LE DROIT DES OBLIGATIONS.

Entre l'obligation et le droit des obligations il y a la même différence qu'entre la propriété et le droit de propriété. De même que la propriété, l'obligation est déjà un rapport de droit, mais ce rapport ne peut exister d'une manière isolée ou abstraite; il doit être considéré sous toutes les faces importantes de la vie humaine et sociale, par lesquelles il est plus ou moins modifié et déterminé. C'est ainsi que toutes les obligations juridiques sont influencées à divers degrés par des raisons morales, par les motifs de la volonté, et surtout, dans le domaine des biens matériels, par des considérations économiques; tous ces rapports doivent être pesés dans le droit des obligations, dont le progrès se constate même d'après la valeur qu'il a accordée successivement à ces diverses circonstances. Dans l'enfance d'un peuple, comme on le voit dans l'ancien droit romain, une obligation est considérée en elle-même, d'une manière abstraite; mais peu à peu elle est modifiée par d'autres rapports, avec lesquels elle se montre connexe. C'est ainsi que le préteur introduisait dans le droit romain la considération de certains motifs psychiques, du dol, de la crainte, de la fraude, de l'erreur; dans certaines obligations, par exemple dans la vente, les édiles établissaient des dispositions pour garantir l'acheteur contre les défauts des bestiaux; ces dispositions furent appliquées ensuite à toute espèce de choses et de défauts, et plus tard une constitution impériale permit la rescision de la vente pour cause de lésion de plus de moitié. Une obligation peut donc être envisagée sous beaucoup de rapports

pour ce droit; elle doit être complétée ou remplacée par une classification plus générale.

qui d'abord y paraissent étrangers, mais dont la justice et l'équité finissent par reconnaître la liaison.

Le droit des obligations comprend l'ensemble des conditions dont dépendent la formation, l'existence, l'efficacité et la fin des obligations. Il se divise, comme le droit de propriété, en droit *interne* et droit *externe*. Le droit interne contient les rapports juridiques qui découlent immédiatement de la notion générale de l'obligation et d'une obligation particulière; il embrasse donc en général les conditions relatives au sujet, à l'objet et à la cause de l'obligation, et en particulier les droits et les prestations qui résultent de l'essence même d'une obligation, par exemple les conditions relatives à un objet et à un prix déterminé dans la vente. Le droit externe comprend l'ensemble des rapports extérieurs, qui influent, comme conditions, sur la formation, l'existence et la fin des obligations. Cette distinction en droit interne et externe ne se fait pas en droit positif; mais, quand même on ne l'adopte pas formellement dans la terminologie, il importe d'en saisir le sens.

§ 74.

DES CONDITIONS RELATIVES AUX PERSONNES, COMME SUJET DE L'OBLIGATION.

Dans toute obligation, il y a nécessairement deux personnes déterminées, l'une qui peut exiger une prestation, l'autre qui est tenue de la faire; la première est appelée, dans les obligations de patrimoine, *créditeur* ou *créancier*, la seconde *débiteur*. Toutefois il peut y avoir de chaque côté plusieurs individus, soit créanciers, soit débiteurs. Quand on considère le rapport des personnes à l'objet, c'est-à-dire à la prestation, il se présente deux cas principaux: dans le premier, il n'existe pour chaque créancier et pour chaque débiteur qu'une obligation *pro rata parte*, il s'agit par conséquent de déterminer la part qui revient à chacun des créanciers et débiteurs dans la prestation qui fait l'objet de l'obligation (dans le doute, les parts

sont égales); dans le second cas, il y a plusieurs créanciers et débiteurs de la *même* obligation, de sorte que chacun des créanciers peut exiger pour lui seul toute la prestation et que chacun des débiteurs est tenu de la faire, sans que jamais cépendant la prestation entière puisse être exigée plus d'une fois. Ce second cas est celui de l'*obligation solidaire;* elle suppose nécessairement l'identité de l'objet ou de la prestation pour tous les sujets; le rapport juridique cependant peut être différent, tant entre les divers créditeurs qu'entre les divers débiteurs: l'un des débiteurs peut être tenu purement et simplement et l'autre conditionnellement; il en peut être de même des créanciers. Les relations juridiques spéciales qui existent entre ceux qui sont obligés solidairement décident ensuite de la question de savoir dans quel cas un créancier peut garder le tout ou doit partager en certaines proportions avec les autres, et dans quel cas un débiteur qui a payé le tout peut exercer un recours contre ses codébiteurs.

L'obligation solidaire existe aussi pour ceux qui se sont rendus coupables d'un délit quant à la prestation de dommages et intérêts.

§ 75.

DES CONDITIONS RELATIVES A L'OBJET DE L'OBLIGATION.

L'objet *immédiat* de toute obligation est toujours une prestation, mais la prestation même consiste soit à livrer une *chose*, ou à poser un *fait* (à faire ou à ne pas faire), de sorte que l'objet *médiat* qu'on a *finalement* en vue dans une obligation est ou une chose ou un fait.

Les conditions inhérentes à la prestation sont: 1° qu'elle soit naturellement, juridiquement et moralement *possible* (impossibilium nulla est obligatio); 2° que dans les obligations de patrimoine, elle ait une valleur *appréciable*, quoique l'intérêt puisse être aussi de simple affection; 3° qu'elle ne soit

pas tout à fait indéterminée ou livrée à l'arbitraire du débiteur. Dans les obligations dites alternatives, il y a cependant le droit du choix; ce droit, en règle générale, compète au débiteur.

La prestation elle-même peut être ou *simple* ou *composée*, selon qu'elle comprend un seul objet ou un ensemble de prestations. La prestation simple peut être *divisible* ou *indivisible*, selon qu'elle peut être remplie partiellement ou doit être exécutée dans son ensemble. La prestation composée peut consister en prestations du même genre (par exemple prestation d'aliments) ou d'un genre différent; les dernières se distinguent le plus souvent en prestations principales et secondaires. Enfin la prestation peut être individuellement déterminée ou seulement désignée par son genre (obligatio *speciei*, obligatio *generis*). Le droit positif expose en détail les conséquences juridiques de ces différences dans la prestation.

§ 76.

DES CONDITIONS RELATIVES A LA RAISON OU A LA CAUSE DES OBLIGATIONS.

Chaque obligation se fonde sur une raison ou une cause, qui elle-même réside dans un but licite poursuivi juridiquement. Les causes diffèrent selon les trois genres d'obligations. Dans les obligations d'affaires, elle se trouve dans le but qu'on a en vue dans une affaire: ce but est toujours un bien, un intérêt quelconque, soit un intérêt réciproque, comme dans les obligations bilatérales, soit un intérêt d'un seul côté, comme dans les obligations unilatérales. Dans les obligations naissant de délits, la raison consiste dans la réparation nécessaire du dommage causé par faute ou par dol. Dans les obligations naissant de situations indépendantes de la volonté des parties, la cause se trouve dans les rapports involontaires, par exemple l'affinité, qui engendrent des droits pour les deux parties ou pour l'une d'elles.

§ 77.

DE L'EFFICACITÉ DES OBLIGATIONS.

Une obligation est efficace quand elle produit tous les effets qu'elle doit avoir d'après sa cause ou son but licite, et l'efficacité se montre en ce que la loi en garantit l'exécution par une *action*. Les lois positives établissent cependant, par rapport à l'efficacité des obligations, une différence justifiée aussi par la philosophie du droit. Il y a dans le droit positif des obligations auxquelles les lois assurent une *pleine* efficacité par une action, et il en est d'autres auxquelles les lois positives, par des raisons touchant le fond ou la forme, refusent la pleine efficacité par l'action, tout en accordant d'autres moyens de droit par lesquels elles peuvent devenir efficaces. Ces obligations sont appelées *naturelles*, par opposition aux premières qu'on nomme *civiles*. Généralement les lois positives reconnaissent une obligation naturelle, lorsque le but en général est licite, mais que, par suite de certaines circonstances, il ne mérite pas la protection de la loi, par exemple dans les prêts faits à un fils de famille, où le droit romain refuse l'action; de même il y a obligation naturelle, lorsque le mode juridique présente des défauts, ou qu'un principe purement positif, comme celui de la prescription, ôte le caractère civil à l'obligation. C'est pourquoi des lois positives (droit romain, droit autrichien) laissent subsister une obligation naturelle, quand même l'action pour exiger le payement d'une créance est prescrite, de sorte que si le débiteur paye après le laps de temps établi pour la prescription, il ne peut pas répéter la somme payée. Du reste, les lois positives diffèrent dans les effets qu'elles assurent aux obligations naturelles. Le droit romain est allé à cet égard le plus loin, en permettant non-seulement la rétention de ce qui a été donné en payement de l'obligation naturelle *(soluti retentio)*, mais encore la compensation, la reconnaissance et la garantie par gage, hypothèque ou cautionnement.

CHAPITRE II.

DE L'EXTENSION DU RAPPORT OBLIGATOIRE AUX TIERS.

---

§ 78.

Une question très-importante, vivement controversée dans la jurisprudence moderne et qui doit être résolue philosophiquement eu égard au but et à la diversité des obligations, est celle de savoir si le rapport obligatoire est tellement personnel, qu'une personne ne peut contracter une obligation pour une autre, ni la transférer à autrui. Le droit romain, dans son esprit éminemment égoïste et subjectif, a maintenu le caractère personnel du rapport obligatoire à tel point que, malgré les concessions qu'il a faites aux exigences des transactions sociales, il n'est pas allé au delà du principe de la *représentation;* il n'a jamais admis, dans la *cession*, le transfert du droit même, mais seulement de l'*action* pour faire valoir le droit. Le droit germanique, au contraire, adopté en principe par les législations modernes, a admis, en se plaçant à un point de vue objectif, le véritable transfert d'une obligation à d'autres personnes. Pour résoudre la question, il faut faire plusieurs distinctions au point de vue philosophique.

D'abord il faut distinguer entre les obligations éthico-juridiques et les obligations concernant le patrimoine. Les premières ne sont évidemment pas transmissibles, parce que toute la personnalité morale est un élément essentiel dans les prestations de ce genre, par exemple dans le mariage, dans les rapports entre parents et enfants, dans les contrats sur une fonction spirituelle, comme l'éducation ou l'instruction. Mais dans les obligations de patrimoine, des raisons

objectives doivent l'emporter sur le point de vue subjectif, quand cela se peut sans préjudice pour une partie obligée. Il existe à cet égard une différence entre le créancier et le débiteur. Le créancier peut céder son droit, sans intervention du débiteur, à une autre personne, parce que la position du débiteur n'est pas en elle-même changée et qu'il importe de favoriser, pour faciliter l'échange des biens, le transfert des droits de patrimoine; le débiteur au contraire ne peut pas, bien entendu, sans le consentement du créancier, se substituer un autre débiteur, car ce dernier peut-être ne présenterait pas les mêmes garanties de solvabilité. — Quant aux stipulations en faveur d'un tiers, il en faut admettre la possibilité juridique, parce qu'une personne peut aussi s'intéresser au bien d'une autre; il est cependant une condition essentielle, à savoir, que celle-ci ne repousse pas, comme elle en a le droit, l'avantage qu'on veut lui faire, parce que des bénéfices ne s'imposent pas à des hommes libres *(beneficia non obtruduntur)*, principe qui fait aussi repousser, en droit public, pour des peuples libres, les biens qu'un pouvoir politique voudrait, à son point de vue, leur octroyer sans leur consentement.

Les modes principaux d'extension du rapport obligatoire sont au nombre de quatre:

1° La *représentation*, qui est ou *nécessaire*, dans les cas où la loi la prescrit pour des personnes qui ne sont pas capables elles-mêmes de s'obliger par des actes propres, par exemple pour les enfants, les mineurs, les insensés, etc., ou *libre*, dans les cas du *mandat;*

2° Les *stipulations* ou conventions faites en faveur d'un autre, d'abord sans consentement préalable. La gestion des affaires d'autrui sans mandat, principalement dans les cas d'absence, est un des cas les plus importants; elle présente ce caractère particulier qu'elle est valable, quand même le maître *(dominus negotii)* ne voudrait pas plus tard la ratifier; elle se fonde sur le fait qu'une personne a soigné

selon la saine raison, l'affaire d'un autre, comme celui-ci, en qualité d'être raisonnable, aurait certainement agi lui-même. L'égalité et la communauté de la raison pour tous les hommes établit une espèce d'équation dans laquelle la raison de l'un peut se mettre à la place de l'autre. La certitude n'existe pourtant que dans le cas où il s'agit d'empêcher que l'autre ne subisse un dommage, et dans ce cas cette autre partie est obligée de rembourser les frais, même quand le dommage, malgré les soins du *negotiorum gestor*, n'a pu être évité. Telle est aussi la prescription du droit romain, laquelle ne peut s'expliquer ni par la théorie de la ratihabition, ni par celle de l'avantage procuré, etc., mais uniquement par la raison que nous venons d'indiquer, et qui est la théorie adoptée aujourd'hui par plusieurs auteurs.

3° La *cession* des obligations, dans le sens expliqué (p. 221).

4° L'*intercession*, dans le sens technique du mot, ou l'acte par lequel une personne prend volontairement à sa charge la dette d'une autre. On distingue l'intercession *privative*, quand le débiteur actuel est libéré de sa dette, et l'intercession *cumulative*, quand on s'oblige conjointement avec le premier débiteur, comme on peut le faire dans la forme de l'obligation solidaire, ainsi que par garantie réelle dans le gage et l'hypothèque ou par garantie personnelle dans le cautionnement.

CHAPITRE III.

---

§ 79.

DE LA FIN DES OBLIGATIONS.

La fin des rapports obligatoires peut être amenée par diverses causes qui se trouvent dans la *volonté* des parties

ou qui en sont *indépendantes*. Ces causes produisent divers effets: il y en a qui éteignent l'obligation *ipso jure*, de manière qu'il n'en reste aucun effet; d'autres permettent seulement au débiteur de repousser la demande du créancier *ope exceptionis*, de manière qu'une obligation naturelle *peut* encore subsister.

Les causes principales de la fin des obligations sont:

1° L'*exécution directe* ou *indirecte*: elle est directe quand on exécute la prestation qui est l'objet de l'obligation; c'est ce qu'on appelle *payement* (solutio) dans le sens spécial. Elle est *indirecte*, quand le débiteur peut remplacer la prestation par une autre ou quand il peut *compenser;* les conditions de cet acte sont fixées généralement de la même manière dans les législations;

2° Les *conventions libératoires* ou rémissoires comprennent divers cas: *a)* une obligation est éteinte purement et simplement par la *renonciation* ou la remise de la dette et par le *consentement contraire* (contrarius consensus); *b)* une obligation éteinte est remplacée par une obligation *nouvelle* dans la *novation* (novatio), dont le droit positif spécifie les formes principales; *c)* la *transaction* et le *compromis;*

3° Les *actes unilatéraux* qui peuvent éteindre l'obligation sont: la *révocation* dans les cas où elle peut avoir lieu, par exemple dans le mandat; et l'*action en nullité* ou en rescision dans les cas prévus par la loi;

4° La *fin fortuite* d'une obligation arrive: *a)* par l'impossibilité de l'exécution (ad impossibilia nulla datur obligatio); *b)* par la *confusion* du créancier et du débiteur en une seule personne (particulièrement dans la succession héréditaire); *c)* par le *concours* de deux titres lucratifs, quand le créancier obtient ce qui est dû à titre lucratif par une autre cause semblable.

Après l'examen du droit général des conventions, nous passons au droit des principales espèces d'obligations.

TITRE DEUXIÈME.

Du droit des diverses espèces d'obligations.

---

§ 80.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

Nous avons vu comment se divisent les obligations. Sans nous occuper en détail du droit de toutes les espèces, nous traiterons spécialement des *obligations d'affaires* et surtout des obligations *bilatérales* ou des *contrats*. Nous dirons quelques mots seulement du droit des autres espèces, qui sont généralement liées à des matières plus importantes.

Les obligations *unilatérales* d'affaires naissent d'actes juridiques posés par une seule partie : ce sont principalement les obligations qui résultent de la gestion des tuteurs et des curateurs, lesquels ne peuvent refuser les fonctions qui leur sont déférées, ensuite les obligations qu'engendre l'acceptation d'une succession, enfin les obligations de celui qui gère les affaires d'autrui sans mandat. La raison du lien obligatoire entre les deux parties ne doit pas être cherchée dans un consentement tacite ou présumé, ni dans l'avantage procuré à l'une d'elles, mais dans la faculté qui compète à tout homme de bonne et juste volonté d'assister un autre dans ses affaires, quand celui-ci se trouve physiquement ou moralement empêché.

Les obligations naissant de *délits*, en tant qu'elles sont du domaine du droit privé, consistent, d'après les législations modernes, qui ne connaissent pas les peines privées du droit romain, dans la réparation des dommages qui ont été causés par le fait d'une personne ou par le fait de ceux dont elle doit répondre.

La source de ces obligations se trouve soit dans les injures ou les lésions corporelles, soit dans les dégâts faits à la propriété ou dans le trouble apporté à l'état de possession.

Les obligations naissant d'*états* indépendants de la volonté des parties ont, en droit privé, leur raison dans des rapports de famille, de voisinage, de communauté involontaire, etc.; beaucoup d'obligations naissent aussi des relations sociales générales, étant imposées par l'ordre social, qui est en général un état de communauté dans lequel les hommes entrent d'une manière incidente *(communio incidens)*.

CHAPITRE PREMIER.

DES CONTRATS EN GÉNÉRAL.

§ 81.

DE LA PLACE DU CONTRAT DANS LE SYSTÈME DU DROIT ET DE LA DIFFÉRENCE ESSENTIELLE ENTRE LES CONTRATS.

I. Le contrat, le consentement exprimé de plusieurs personnes à l'effet de créer entre elles un rapport obligatoire sur un objet de droit, trouve son application partout où des rapports de droit sont réglés par la volonté commune de plusieurs parties; il a donc sa place non-seulement dans le droit privé, mais aussi dans le droit public de l'État et dans le droit des gens. En droit privé, il ne règle pas seulement des rapports relatifs aux biens matériels, au patrimoine, mais tous les rapports pour la formation desquels le libre consentement est une *condition* essentielle. C'est donc une opi-

nion très-erronée, contraire à tous les faits, que de prétendre que les contrats ne peuvent se rapporter qu'au patrimoine des personnes. Toutefois il importe de bien saisir le sens de cette opinion, émise par des jurisconsultes modernes, surtout par des romanistes, repoussée cependant formellement par Savigny. On veut bannir par là le contrat des relations et des institutions qui présentent à la fois un côté moral, parce qu'on craint de rabaisser le caractère élevé et moral de ces relations, en les transportant dans le domaine purement juridique, et en les faisant dépendre de la volonté et du règlement arbitraire des hommes. C'est ainsi qu'on repousse la théorie du contrat appliqué aux constitutions politiques, en prétendant que la constitution serait mise à la merci des volontés et des passions mobiles des masses; ainsi encore on ne veut pas admettre le mariage fondé sur un contrat, de crainte que cet acte ne puisse être, comme tout autre contrat, facilement dissous du commun accord des parties. Cette opinion, quelque erronée qu'elle soit en principe, renferme cependant quelque vérité; elle oblige à faire entre les contrats une distinction essentielle, trop longtemps négligée dans le droit positif. Nous avons souvent fait remarquer que le contrat n'est qu'une forme subjective des rapports juridiques, qu'il a pour but de consacrer un droit de la personnalité, c'est-à-dire la liberté, l'autonomie dans tous les rapports, où la libre volonté, dirigée par les convictions et les vues personnelles, est un élément nécessaire. De plus, comme la forme doit toujours se rapporter et s'adapter à un contenu, on ne peut rien déduire de la forme générale et abstraite du contrat, et il s'ensuit qu'il faut déterminer les contrats d'après les rapports qui y sont réglés. Or, nous avons déjà établi pour les obligations en général une distinction fondamentale selon que les rapports obligatoires sont de leur nature *éthico-juridiques* ou qu'ils concernent le *patrimoine*.

II. Il y a donc à distinguer de la même manière les contrats. Dans les *contrats* concernant le *patrimoine*, la

volonté des contractants *domine* l'objet, parce que les biens matériels sont soumis au *pouvoir* de la volonté et qu'avec quelques restrictions, les hommes sont juridiquement libres de disposer de ces biens d'une manière ou d'une autre. Au contraire, dans les *contrats éthico-juridiques*, c'est le *devoir* qui prédomine sur le pouvoir; la volonté des contractants doit se conformer à ce qui est exigé par la nature morale de ces relations et institutions. C'est ainsi que, dans le contrat de mariage, rien ne peut être stipulé qui soit contraire à sa nature morale, et en général la moralité doit être ici la règle supérieure pour le droit. Il en est au fond de même des contrats politiques. Une constitution politique, née d'un contrat ou d'une convention, doit être basée sur toute la moralité sociale d'un peuple, et les contractants sont dans une grande erreur, source de bien des calamités, s'ils croient pouvoir établir arbitrairement des formes publiques, sans égard à l'état de culture, aux traditions, aux mœurs de la nation. La force morale des choses se montrera bientôt plus puissante que la volonté des hommes et brisera l'édifice qu'ils ont élevé. Il en est de même des conventions dans le droit des gens; si elles ne règlent pas d'une manière équitable les rapports des peuples, eu égard à leurs véritables intérêts, à leurs besoins de culture et de progrès, elles disparaîtront devant une force majeure. Mais toute atteinte à un pacte public dans l'État ou dans le droit des gens est un mal et un mal d'autant plus grave, qu'on bouleverse ainsi pour longtemps les opinions morales; le moyen le plus efficace pour l'éviter sera toujours de ne pas consulter, dans le règlement de pareils rapports, des opinions préconçues et des intérêts égoïstes, mais de scruter le fond des choses et d'établir ce qui est vraiment juste ou conforme à tous les droits. Il importe donc de faire une distinction entre les divers contrats et d'en bien comprendre la raison et les conséquences[1].

[1] M. Stahl, dans sa philosophie du droit (*Rechtsphilosophie*), pour désigner une différence entre les contrats, appelle les uns des *rapports*

De plus tout contrat présente deux faces, l'une *subjective*, l'autre *objective*. La première se montre en ce que, dans le contrat, les rapports obligatoires n'existent pas seulement, comme dans tout droit, *pour* la volonté, mais aussi *par* la volonté; la seconde, en ce que le contrat, d'un côté, concerne toujours un ensemble de rapports qui en sont le fond, le contenu ou la matière, et que, d'un autre côté, il est provoqué et déterminé par un *but* qui est la *raison* (causa) de son existence. Dans un contrat complet se trouvent exprimées à la fois la forme, la matière, ainsi que la raison ou le but; dans le droit positif cependant il y a certains contrats où le but et la raison ne se trouvent pas désignés. On a appelé, dans les temps modernes, de pareils contrats des contrats *formels*, par opposition aux contrats dits *matériels*, dans lesquels le but, la raison de l'existence est aussi manifestée. C'est ainsi que, dans le droit romain, la *stipulation* était un contrat solennellement verbal, mais purement formel, parce que les contractants n'avaient pas besoin d'indiquer par quelle raison, pour quel but ils se liaient, si c'était pour cause de prêt, de vente ou pour tout autre motif; la stipulation était donc une forme très-générale, qui pouvait couvrir des rapports juridiques bien différents dans leur cause. Dans les temps modernes, le besoin du commerce et du crédit a donné naissance à la *lettre de change*, qui est aussi un contrat purement formel, parce qu'elle peut être tirée pour des causes très-diverses et que d'après sa nature (comme cela est reconnu dans le droit de change allemand), il n'est pas nécessaire d'y spécifier la cause. Outre la lettre de change, il y a aujourd'hui encore quelques autres contrats formels que nous indiquerons lors de l'exposition des contrats.

de contrats, les autres des *actes* de contrat: une vente est un rapport de contrat; le mariage se fonde sur un acte de contrat; de même une hypothèque, une constitution politique. L'acte sert seulement à constituer un rapport qui ensuite devient indépendant de cet acte. Mais cette distinction ne me paraît pas toucher à la différence essentielle entre les contrats, comme le montre déjà l'assimilation d'un contrat d'hypothèque avec le contrat de mariage.

III. Le rapport entre le droit et le contrat et entre le droit et tous les actes de la volonté a été plusieurs fois indiqué. Le droit, comme nous l'avons vu, a un caractère objectif, il a son fondement dans la nature de l'homme et dans les rapports essentiels de vie et de culture. C'est à la raison de découvrir ce droit et à la volonté de le mettre à exécution. Le contrat, comme tel, ne peut donc pas être la source ou le principe d'un droit. Les personnes contractantes doivent au contraire examiner d'abord individuellement et en commun ce qui est droit ou juste, et les résultats de cet examen commun sont ensuite consignés sous la forme du contrat. Le droit est le *fond*, et le contrat la *forme* par laquelle le droit est exprimé comme *convenant* aux parties contractantes. Par cette raison, les lois positives n'autorisent pas à faire des contrats sur les droits d'autrui; elles exceptent aussi beaucoup de droits de la possibilité d'être changés ou transmis par contrat; ce qui prouve qu'elles admettent un principe de droit supérieur à la volonté des individus, quoique ce principe lui-même ne soit pas précisé dans les lois, comme il l'est dans le droit naturel.

En droit naturel, le droit n'exprime que l'établissement d'un rapport personnel obligatoire sur un droit plus ou moins général; le contrat est la spécialisation ou l'application d'un droit général à des personnes *déterminées*. C'est ainsi que tout homme a droit à l'instruction; mais comme l'instruction est un fait volontaire, au moins de la part de la personne qui doit la donner, celle-ci n'y peut être obligée que par un contrat qu'elle passe avec la personne à instruire ou avec la société qui agit comme tutrice. Il résulte de là qu'un contrat ne doit jamais être en opposition avec un droit général, avec les droits qui ont été appelés avec raison primitifs ou absolus. Le contrat n'est donc que la reconnaissance de l'*autonomie individuelle*, en tant qu'elle est compatible avec le principe général du droit.

Cependant la question de la subordination du contrat au

droit a toujours une plus grande importance morale que juridique. Les raisons tirées des rapports objectifs et du droit matériel doivent être les motifs qui déterminent les volontés dans la constitution formelle du droit par les contrats, et dans le grand mouvement des sociétés, les contractants feront bien de se rappeler que le droit réel objectif, tel qu'il est indiqué par les rapports réels, triomphe généralement de toutes les conventions qui y sont contraires.

§ 82.

DU CONTRAT CONSIDÉRÉ EN LUI-MÊME: SA RAISON, SON BUT, SON OBJET ET SES LIMITES.

Le *contrat* ou la convention, en général, est le *consentement déclaré de deux ou de plusieurs personnes qui veulent entrer sur un objet de droit dans un rapport obligatoire*[1]. Le contrat concerne particulièrement la sphère de la liberté individuelle ou de l'autonomie des personnes; toutefois son objet doit être un objet de droit, et lui-même est soumis aux principes généraux de la justice, comme nous le verrons en examinant spécialement la raison, le but, l'objet et le domaine juridique des contrats.

1° La raison *juridique* du contrat, ou ce pourquoi les hommes sont obligés d'établir entre eux des conventions, réside dans leur nature finie et conditionnelle: l'homme ne se suffit pas à lui-même; tout en étant l'être fini le plus perfectible, il dépend plus qu'aucun autre être de l'aide et du concours de ses semblables; son développement exige des

[1] Le droit romain définissait le contrat, au point de vue de la liberté individuelle: *duorum vel plurium in idem placitum consensus;* mais la liberté des parties doit être, même dans les contrats, soumise à certains principes de droit. Quelquefois on définit le contrat: *une promesse acceptée;* mais cette définition est encore plus inexacte; car il y a bien des promesses acceptées, par exemple celle de rendre visite à un ami, qui ne sont nullement des contrats. Il faut que la convention porte sur un objet de *droit.*

conditions qu'il ne peut pas remplir seul par sa propre activité, mais qui sont placées dans le pouvoir d'autres personnes, avec lesquelles il doit entrer dans un rapport de droit pour se les procurer. La raison de droit du contrat ne consiste donc pas dans le pur *arbitraire* des parties, mais dans les besoins réels ou les buts objectifs de la vie humaine.

2° Le but *juridique* du contrat est soit de lever les obstacles qui arrêtent l'activité de l'homme dans la poursuite de son bien, soit, comme dans la plupart des cas, de faire obtenir à l'un ce qui lui manque pour l'exécution d'un plan, la réalisation d'un désir, ou l'accomplissement d'un but, et qu'il reçoit tantôt gratuitement, tantôt contre un équivalent convenu. Par le contrat, chacun se complète ainsi par les prestations d'autrui, élargit sa sphère de vie et d'action et fait tourner à ses fins personnelles les moyens des autres. Le contrat ne produit donc pas une *restriction* du cercle de liberté d'une personne, comme le pensaient Kant et son école, mais plutôt une extension du cercle d'activité des parties contractantes; car il rend possible ce qui surpasse les forces d'un seul. Le contrat fait cesser l'isolement des hommes, qui serait fatal à tous, et les unit dans leur volonté pour un échange de moyens généralement avantageux à chacun; il donne naissance à un engrenage volontaire de tous les efforts individuels.

Le contrat combine ainsi la *liberté* individuelle avec un principe *d'ordre*, d'enchaînement et de fixité, parce qu'il est conclu précisément dans l'intention d'imposer à la liberté, par la liberté même, une règle ou un lien qui donne aux parties contractantes la certitude de l'accomplissement fidèle des obligations réciproques. Sans cette *fidélité*, le but de droit serait manqué: car l'homme ne contracte pas seulement pour les besoins immédiats du présent. Comme être raisonnable et prévoyant, il projette aussi des plans dans l'avenir, pour l'exécution desquels il doit s'assurer dès à pré-

sent les conditions nécessaires. Et plus l'homme se perfectionne en multipliant son activité, plus il agit pour l'avenir; si, dans les états inférieurs de la vie humaine, les buts sont indécis et flottants, si l'horizon intellectuel et moral est borné de toutes parts, chez l'homme plus cultivé la vie est comme une œuvre d'art, conçue dans son ensemble d'après un plan unitaire, pour la réalisation duquel il doit pouvoir compter avec confiance sur les moyens qu'il s'est fait promettre par d'autres.

Enfin le contrat remplit encore un but plus général dans la société, en rapprochant les divers états professionnels qui proviennent de la division du travail social. Par les contrats, les hommes appartenant à ces diverses professions se procurent journellement les conditions les plus indispensables à leur existence. Le contrat est ainsi un mode d'échange des produits, de transfert des biens ou de prestations réciproques. Dans la division nécessaire du travail social, il opère une union et un complément qui profitent à tous.

3° Le contenu ou l'*objet* du contrat est toute prestation ou tout ensemble de prestations qui forme une *condition* pour l'accomplissement d'un but rationnel. Les prestations qui forment l'objet du contrat peuvent être très-diverses; elles consistent soit en choses extérieures, matérielles, soit en actions, services, etc.; mais, dans le second cas, elles ne sont pas coercibles, dans le sens ordinaire du mot, parce qu'en général il est impossible de forcer les actions de l'homme; si elles ne sont pas remplies, elles donnent seulement lieu à une peine, ou à des dommages-intérêts.

4° Le *domaine* et les limites du contrat sont constitués par la *sphère de liberté* qui doit être abandonnée à chaque personne. Les règles et les lois auxquelles le contrat est soumis ne fixent que les dernières limites de ce qui n'est pas permis, en laissant à la liberté individuelle la plus grande latitude possible. Le domaine du contrat doit être examiné plus en détail.

§ 83.

DU DOMAINE DES CONTRATS ET DES RAISONS DE LEUR RÉSILIATION, ET DU RÈGLEMENT DE L'ÉTAT.

I. Le domaine du contrat est formé par les objets et les actes dont une personne peut librement disposer pour se lier dans son action vis-à-vis d'une autre personne. Par contre, tout ce qui de sa nature doit rester un bien ou un droit permanent, inaltérable et intégral pour l'activité d'une personne, par conséquent toutes les qualités personnelles, essentielles, tous les biens généraux de vie et de culture, la vie, la santé, l'humeur, les convictions morales, religieuses, sont soustraites à tout engagement contractuel. Un contrat ne peut donc pas avoir lieu sur la liberté; personne ne peut se constituer par un contrat esclave, serf, et les lois modernes ont raison de ne pas reconnaître comme valable un contrat par lequel un domestique s'engagerait pour toute sa vie à certains services vis-à-vis d'un maître; le droit romain a justement repoussé comme immorales et invalables des stipulations qui anéantissent l'exercice moral de la liberté, par exemple la promesse de ne pas se marier, et à plus forte raison l'État moderne ne doit reconnaître ni maintenir par sa contrainte, aucun engagement par lequel une personne renoncerait à la poursuite d'un but essentiellement moral, s'engagerait à ne pas cultiver une science ou un art, à ne pas se marier, etc.

En droit public, l'État ne peut renoncer par un contrat à aucun droit essentiel compris dans la notion du pouvoir public nécessaire pour la poursuite de tous les buts généraux de culture; il ne peut concéder à aucune puissance extérieure le droit de s'immiscer dans des rapports internes, qui tous doivent être réglés en commun, les uns par rapport aux autres, d'après les conditions organiques du développement de toute la culture d'un peuple. Par cette raison, tous les concordats con-

fessionnels, outre l'injustice qu'il y aurait à prêter le pouvoir de contrainte pour ce qui doit être laissé à la liberté de conscience, sont une application abusive de la forme du contrat dans un domaine intérieur, où aucun État, aucune nation, ne doit mutiler son pouvoir public, renoncer à sa liberté et à son autonomie, mettre à la merci d'une volonté étrangère et retenir dans l'immobilité une portion de sa vie, tandis que tout l'organisme de la vie et de la culture est en transformation continuelle et progressive.

En droit des gens, un État ne peut pas non plus renoncer à des droits compris dans le pouvoir souverain. Si un vainqueur abuse de la victoire pour imposer au vaincu des conditions incompatibles avec l'honneur et le droit de personnalité morale d'un État, il n'y a que la force qui puisse maintenir une telle situation. Quand des États s'unissent pour former une confédération ou un État fédératif, ils ne perdent réellement aucun droit essentiel; car ce à quoi ils renoncent pour leur action particulière, ils le regagnent par la participation essentielle à la législation et au gouvernement fédéral. Si la position des États dans une fédération n'était pas égale, si l'un des États avait la suprématie sur les autres, il y aurait une forme bâtarde, qui, incompatible avec le droit et la dignité des autres États, serait condamnée à périr.

II. Pour les contrats même qui ont été conclus avec efficacité juridique, il peut survenir des circonstances ou des raisons propres à en motiver la résiliation. Ces raisons cependant ne sont en général que des motifs d'équité et doivent être agréés par la partie adverse, s'ils ne sont pas reconnus par la législation. Sous ce rapport, il faut encore distinguer les divers domaines du droit. Dans les contrats concernant l'avoir ou les intérêts matériels, si un contrat n'est pas résilié du consentement de l'autre partie, il y a toujours lieu à la prestation de dommages et intérêts. Dans les contrats éthico-juridiques, où le côté moral domine le côté juridique formel,

les lois doivent admettre la résiliation, quand il y a un tel changement dans tout l'état moral d'une personne, qu'elle ne puisse plus remplir les obligations selon l'esprit de la stipulation. C'est à ce genre de changement que s'applique surtout la maxime que les contrats sont conclus *rebus sic stantibus*. C'est ainsi que le contrat par lequel un auteur ou une cantatrice se seraient engagées pendant un certain temps devient inefficace et ne doit entraîner aucune action en dommages-intérêts, quand ces personnes veulent se retirer complétement du théâtre, par des motifs moraux, pour changer de vocation, etc. De même un libraire ne peut pas forcer un auteur à livrer un manuscrit, quand les convictions de l'auteur ont changé par rapport à l'objet du livre.

En droit public et international, l'équité exige que les États tiennent réciproquement compte des changements importants qui interviennent dans toute leur constitution intérieure, par exemple par le changement de la monarchie absolue en monarchie représentative, ou d'une confédération d'États en État fédératif. Sans doute, quand une puissance tient obstinément à son contrat, il ne reste d'autre moyen de l'annuler que la guerre, mais la victoire a donné souvent raison à ceux qui combattaient pour le droit matériel contre le droit formel.

III. Enfin il est du devoir de l'État, d'un côté, de maintenir intacts les biens généraux de la vie, de la santé, par les lois criminelles et les lois de police (concernant les heures de travail, la salubrité des logements, etc.), et, d'un autre côté, de permettre la résiliation d'un contrat, quand l'équité a été manifestement blessée. L'État doit laisser, sans doute, une grande latitude à l'autonomie des contractants; il importe cependant de les mettre, par certaines prescriptions, en garde contre leur propre imprudence. De même que l'État intervient pour prescrire les *formes* qui doivent être observées dans les diverses espèces de contrats, et qu'il fait annuler ceux qui ont été viciés par dol, etc., il doit aussi faire rési-

lier des contrats dans les cas cités. Les législations ont généralement adopté les principes du droit romain concernant la *læsio enormis* (le code civil français, art. 1674, avec restriction); elles ont même établi des lois *usuraires*; ces dernières lois sont maintenant abolies en plusieurs pays (en Italie, dans l'empire allemand), quant au principe du taux lui-même qui dépend naturellement du mouvement et des circonstances économiques; néanmoins ces lois établissent d'autres restrictions importantes, par la fixation de conditions sous lesquelles ces contrats peuvent être plus facilement résiliés[1].

§ 84.

DE LA RAISON DE LA FORCE OBLIGATOIRE DES CONTRATS.

La question de savoir si, en droit naturel, une personne est tenue de rester fidèle aux engagements stipulés dans un contrat est très-controversée et a toujours été considérée

[1] Une question plus controversée est celle de savoir si le prêt à intérêt en général est fondé en droit naturel. Les anciens auteurs, qui s'appuyaient sur l'autorité de l'Évangile (saint Luc. ch. VI), sur les prescriptions de l'Église et l'opinion des théologiens, déclaraient tout intérêt illégitime et immoral; ils donnaient pour raison que l'intérêt est, comme Aristote l'avait déjà dit, de l'argent *issu* de l'argent, et que l'argent ne produit rien de sa nature. Ces auteurs ne voyaient pas qu'ils auraient dû condamner du même coup tout intérêt qui est perçu sous forme de loyer et de fermage; ils se sont donné au contraire beaucoup de peine pour établir une distinction entre ces deux espèces d'intérêts, distinction qui manque de tout fondement et qu'aucun économiste ne pourrait reconnaître. Il est évident que l'intérêt est fondé dans l'organisation économique de la société actuelle, qui tient elle-même aux motifs d'action, à la moralité des hommes. Sans doute, par suite de toute la culture sociale et économique, le taux de l'intérêt a constamment, quoique insensiblement, baissé. Mais il ne saurait disparaître entièrement que dans un état social où les hommes seraient parvenus à un haut degré de moralité. Le *désintéressement* qui guide l'homme vraiment moral dans ses actes peut seul mettre fin à l'*intérêt* de l'argent, comme cela se fait aujourd'hui dans des prêts d'amitié. Il est à remarquer que même le droit positif considère le contrat de prêt comme un contrat bienfaisant de sa nature, de sorte que les intérêts doivent être expressément stipulés.

comme une des plus difficiles à résoudre. Les difficultés viennent de ce qu'on part généralement d'une théorie abstraite du droit, et qu'en erigeant en principe de droit le pouvoir de volonté ou la liberté *individuelle*, on est très-embarrassé pour découvrir une raison qui puisse imposer à la volonté la stabilité ou la fidélité dans les résolutions prises par un contrat.

Les anciens jurisconsultes, tels que Grotius, Puffendorf, Burlamaqui, etc., se fondent ou sur le principe général de sociabilité, ou sur la fiction d'une convention tacite entre les hommes de rester fidèles à leurs promesses. Parmi les auteurs modernes, les uns pensent que tout contrat renferme l'aliénation d'une portion de la liberté de celui qui promet, portion qui entre par suite dans le domaine de l'autre. Cependant il faut remarquer que la liberté est une faculté humaine qui ne peut être aliénée ni en tout ni en partie et à laquelle se rapporte un droit absolu; la liberté peut seulement recevoir différentes directions, et dans notre question il s'agit de savoir quel est le principe qui peut donner à la liberté individuelle cette direction soutenue vers une action, ou cet *attachement* à une promesse qui forme le *lien* du contrat. D'ailleurs ce n'est jamais en réalité une portion de la liberté qu'on aliène, mais quelques *actes* qu'on promet d'accomplir par la liberté. D'autres encore ont invoqué l'intérêt de la société. Ceux-ci déplacent la question au lieu de la résoudre: car il s'agit de savoir, non pas si une société peut juger convenable de contraindre ses membres à remplir leurs engagements, mais s'il est juste que la liberté d'une personne soit liée par un contrat qu'elle trouvera peut-être, dans la suite, contraire à ses intérêts.

Un grand nombre d'auteurs enfin soutiennent que l'obligation de rester fidèle à ses engagements ne peut être prouvée que par la morale, qui prescrit à l'homme de tenir ses promesses. Sans doute, on trouvera aussi une telle prescription dans une vraie doctrine morale qui assigne le désintéressement pour motif aux actions de l'homme, parce qu'une doc-

trine morale basée sur l'intérêt ou l'égoïsme ne saurait résoudre la question de la raison obligatoire des contrats d'une manière satisfaisante. La doctrine de Bentham en fournit la preuve. Selon Bentham, l'homme doit remplir fidèlement ses engagements pour sa propre utilité; sinon il perdrait la confiance publique et trouverait difficilement des personnes qui voudraient encore contracter avec lui. Mais alors il devrait être permis à chacun de rompre ses engagements, à la condition de s'exposer aux chances de perdre la confiance d'autrui, et il n'est pas difficile d'imaginer de cas où l'homme trouvera de bien plus grands avantages à violer qu'à respecter ses engagements.

Selon nous, cette question est à la fois du ressort de la morale et du droit; de la morale, parce que la conscience et la raison commandent de faire le bien, non pas en vue du plaisir et de l'intérêt, mais pour le bien : c'est donc enfreindre la loi morale que de rompre son engagement pour obéir à des considérations personnelles. Mais il y a en même temps infraction du principe de droit. Cette vérité sera facilement comprise, si l'on envisage le contrat, non pas d'une manière abstraite, comme le font la plupart des théories de droit, mais d'après son *but* juridique, tel que nous l'avons déterminé. En effet, ce qui est stipulé dans un contrat est regardé par les parties contractantes comme une *condition* ou un moyen, pour atteindre le but qu'elles se sont proposé. Elles ont compté par conséquent sur cette condition et l'ont mise au nombre des mesures qu'elles peuvent prendre pour l'exécution de leurs projets. Si maintenant l'une des parties ne tient pas ce qu'elle a promis, elle fera manquer une condition qui dépendait de sa volonté et qui a été jugée nécessaire par l'autre partie à l'accomplissement de son but; et comme ce but s'enchaîne avec d'autres buts, tout projet, tout *plan de vie* deviendra impossible, et la société sera sans utilité pour l'homme, qui ne pourra plus s'appuyer que sur lui-même. Mais nous savons que l'homme isolé est incomplet,

incapable d'atteindre les fins de son existence; que, pour vivre et se développer, chacun doit compter sur un grand nombre de conditions placées dans la volonté de ses semblables. Or, c'est précisément dans le but de s'*assurer* ces conditions de la part d'une personne, qu'on fait un contrat avec elle. La *fidélité* dans les engagements est donc une *condition* et partant un *droit* de la vie sociale.

Le *serment* ne peut rien ajouter aux promesses qui ne tireraient pas leur force de la morale même et du droit. De même qu'un serment n'impose aucune obligation de faire des actes positifs ou négatifs qui en eux-mêmes seraient contraires à la morale et à la justice, de même une invocation de nom de Dieu est inutile pour celui qui est pénétré dans sa conscience du caractère absolu des principes de la morale et du droit; car il sait qu'en violant ces principes, il enfreint les lois que Dieu a prescrites pour la vie individuelle et sociale de l'homme. Ce n'est que dans l'état imparfait de la société qu'il peut être bon de rappeler, dans certaines circonstances, à la conscience des hommes, que les obligations de la morale et de la justice sont aussi celles de la vraie religion. Mais il faut que les formules de serment soient toujours en harmonie avec les idées élevées que les hommes doivent se faire de la Divinité.

§ 85.

DES CONDITIONS GÉNÉRALES DE VALIDITÉ D'UN CONTRAT[1].

La nature même du contrat indique les conditions internes qu'il exige.

Comme un contrat est l'acte déclaratif de la volonté commune de deux ou de plusieurs personnes d'entrer dans un

[1] Nous ne faisons qu'indiquer brièvement les conditions de validité des contrats, parce que cette matière, sur laquelle le droit positif est généralement d'accord avec le droit naturel, se trouve amplement traitée dans les manuels de droit romain ou de droit moderne.

rapport juridique sur un objet déterminé, les conditions générales requises pour sa validité sont: la *capacité* d'avoir une volonté raisonnable; la *liberté* de la volonté; l'*accord* entre les volontés des parties contractantes; enfin un *objet licite* sur lequel on puisse contracter.

1° Sont *incapables* d'avoir une volonté raisonnable les mineurs, les aliénés, et généralement tous ceux qui n'ont pas en contractant la claire conscience d'eux-mêmes, ou ne savent ce qu'ils font.

2° La *liberté* de la volonté manque, lorsqu'il y a *contrainte* physique ou morale.

3° L'*accord* entre les volontés contractantes n'existe pas lorsqu'il y a *erreur* sur la substance même ou sur des qualités *essentielles* de l'objet; lorsqu'une des parties a déterminé l'autre par *fraude* ou *dol* à entrer dans un engagement, et enfin lorsque la déclaration de la volonté n'est que partielle, c'est-à-dire lorsqu'elle n'a lieu que de la part de l'une des parties contractantes. Il faut à cet égard qu'il y ait deux actes, l'*offre* et l'*acceptation*, et que ces actes soient *simultanés*, si les parties sont présentes. Si elles se trouvent dans des lieux différents, les lois positives fixent généralement le terme dans lequel l'offre doit être acceptée, à moins de stipulation contraire. Il n'est cependant pas nécessaire que la volonté soit déclarée d'une manière *expresse*, par parole, par écrit ou par d'autres signes en usage pour exprimer le consentement, tels que la jonction des mains, etc.; le consentement peut être *tacite*; il l'est lorsque, sans déclaration expresse, on accomplit un acte qui ne peut raisonnablement se concevoir que comme signe d'adhésion, par exemple, lorsqu'on remet la chose immédiatement après que l'offre a eu lieu. Les lois positives admettent en certaines circonstances pour le consentement une *présomption*, qui est étrangère aux principes du droit naturel.

4° Il faut que la prestation qui est l'*objet* du contrat puisse former la matière d'un engagement. Elle doit donc, au moins

dans ses effets, être *externe*, car on ne peut pas stipuler des actes purement internes, par exemple, l'estime, la reconnaissance; il faut de plus que la prestation soit physiquement, moralement et juridiquement *possible*, et enfin qu'elle soit *propre* aux contractants; car, sauf les exceptions indiquées (p. 222), on ne peut pas contracter pour autrui.

5° Le *contenu* des contrats est formé par les conditions essentielles, naturelles et accidentelles, dont il a été traité dans la partie générale (t. I, p. 199), parce que nous les rencontrons dans toutes les affaires juridiques, dans les obligations en général, comme dans les testaments.

6° La *perfection* du contrat (qui ne doit pas être confondue avec l'exécution du contrat) existe lorsque les contractants ont déclaré leur volonté dans la forme exigée par la loi. La question de savoir quand un contrat particulier est parfait doit être jugée d'après la nature. Le droit romain distinguait les contrats, d'après leur perfection, en contrats réels, verbaux, littéraires et consensuels (p. 215); les législations modernes considèrent tous les contrats comme des contrats consensuels, tout en prescrivant pour certains genres de contrats une rédaction par écrit. Le contrat parfait devient la raison (titre) pour demander tout ce qui y a été stipulé.

§ 86.

DE LA DIVISION DES CONTRATS.

La classification des contrats peut se faire à des points de vue différents. La division du droit romain est la plus superficielle, parce qu'elle se fonde sur un fait secondaire, sur la manière différente dont les contrats prennent naissance *(re, verbis, litteris, consensu)*. La division doit être faite, autant que possible, d'après l'essence intime des contrats. A cet égard, il y a une division générale et des divisions particulières.

I. D'abord il faut diviser les contrats d'après les divers genres de *rapports* qui y sont réglés. Les contrats qui correspondent aux deux genres principaux, les *contrats éthico-juridiques* et les *contrats de patrimoine*, ont été déjà déterminés plus haut (p. 228). Cette division est la plus générale et la plus importante.

II. Les contrats de *patrimoine*, auxquels nous nous arrêtons ici, doivent être divisés :

1° En contrats *matériels* et *formels*, selon que la raison ou le but *(causa)* du contrat y est exprimé ou non (voir § 27);

2° Selon l'*objet* qu'on a finalement en vue, en contrats sur des *choses* et contrats sur des *actes* (services ou omissions);

3° Par rapport aux *motifs* qui dirigent le sujet dans le contrat, il y a des contrats de *bienfaisance* et des contrats d'*échange*, ou contrats commutatifs. Cette division est la plus usitée. Un contrat de bienfaisance (appelé aussi gratuit, unilatéral, inégal) est celui où le motif de la personne qui s'oblige envers une autre à un acte, à une prestation, est en général désintéressé, parce qu'elle ne se fait pas promettre une rémunération ou un équivalent; dans ces contrats prédomine le principe de *donation*. Les contrats onéreux (appelés aussi bilatéraux, synallagmatiques) sont ceux où le motif est un échange de prestations réciproques; c'est le principe de l'*échange* ou de la réciprocité de services qui domine dans ces contrats. Le nom d'*onéreux* qu'on leur a donné fait naître une fausse idée de ce genre de contrats, dont l'essence consiste à produire un avantage mutuel.

Ces deux espèces de contrats peuvent encore être divisés de la manière suivante :

A. *Contrats de bienfaisance* ou de *donation*, dans le sens général du mot. On en distingue plusieurs espèces :

1° La *donation* proprement dite, c'est-à-dire la donation de la *propriété* d'un objet;

2° Le don de l'*usage* d'une chose, soit d'une chose *fongible (mutuum)* ou *non fongible (commodatum)*;

3° Le don d'une prestation, d'un service dans les formes du *dépôt* et du *mandat* (gratuit), depositum, mandatum, et encore dans d'autres formes.

B. *Contrats d'échange* ou contrats *commutatifs.* On distingue les espèces suivantes :

1° L'*échange* dans le sens propre du mot, marchandise contre marchandise;

2° L'échange d'un objet de patrimoine contre argent, ou la *vente*;

3° L'échange de l'usage d'un objet de patrimoine contre argent, le *louage* de choses mobilières ou immobilières;

4° L'échange de *services* particulièrement *physiques* contre argent, ou la location de services;

5° L'échange de *services* particulièrement *intellectuels* contre argent, le mandat onéreux, et en général tout contrat se rapportant à de pareils services;

6° L'échange de l'usage de l'argent, avec transfert de la propriété, contre restitution *in specie*, ou le *prêt à intérêt.*

III. Considérés d'après la *relation* qui existe entre eux, les contrats se divisent en contrats *principaux* ou indépendants, et contrats *accessoires* ou relatifs. Les derniers sont ceux qui ne peuvent pas exister seuls, qui dépendent d'un contrat principal. Les contrats accessoires sont : le *gage*, l'*hypothèque*, la *fidéjussion* ou *cautionnement*, la *cession* et les contrats libératoires.

CHAPITRE III.

APERÇU DES DIVERSES FORMES DE CONTRATS.

La philosophie du droit ne peut être chargée d'exposer en détail tous les contrats qui se sont formés et développés dans la vie réelle, eu égard à bien des circonstances, en dehors des prévisions d'une science idéale. Elle peut seule-

ment préciser les formes principales et faire ressortir le but qui y est poursuivi et qui en détermine la nature, indépendamment de la volonté des parties. Mais avant tout il importe de se pénétrer de cette vérité, que les diverses formes de contrats qui ont reçu des noms particuliers, à cause de leur fréquent usage, ne sont nullement les seules admissibles en droit. Il faut au contraire poser en principe que partout où il y a un but licite à poursuivre, un intérêt légitime à satisfaire, les parties peuvent adopter toute forme de contrat, quand même elle s'écarterait des formes connues ou spécifiées dans un droit positif. Le droit romain avait adopté ce principe dans les contrats réels innommés, en fixant quelques formules *(do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias)* sous lesquelles les cas non prévus pouvaient être juridiquement classés. Aujourd'hui toute forme de contrat a une valeur juridique, quand on y poursuit un but ou un intérêt licite. — Passons maintenant aux formes les plus usitées.

§ 87.

A. CONTRATS MATÉRIELS (voir aussi p. 229).

I. Contrats de bienfaisance.

1° *La donation*, dans le sens le plus large, est tout acte juridique par lequel une personne enrichit quelqu'un de son patrimoine sans y être astreinte. La donation se rencontre dans toutes les parties du droit, dans le droit réel, par exemple, quand on laisse sciemment achever l'usucapion de son bien; il en est de même dans le droit héréditaire; mais le plus généralement elle se fait sous forme de *contrat*: c'est la donation faite et acceptée dans une intention de libéralité. On distingue ordinairement dans ce genre de donations la donation *entre-vifs* et la donation *à cause de mort.* Cette dernière ne doit

sortir ses effets qu'après la mort du donateur, si le donataire lui survit.

2° *Le prêt de consommation* (mutuum) est le contrat par lequel une personne transmet à une autre la propriété de choses fongibles (individuellement non déterminées), sous la condition que l'emprunteur lui rende la même quantité de choses de même qualité. Ce prêt est, de sa nature, gratuit, par conséquent unilatéral; il devient bilatéral ou onéreux, quand des *intérêts* sont stipulés. L'intérêt envisagé au point de vue de l'économie nationale, est une espèce de rente. La rente en général dérive de trois sources principales des biens économiques: des fonds de terre, du travail et du capital. Le capital est tout bien épargné ou une somme de valeurs accumulées. La rente du capital ou les intérêts sont payés pour la jouissance du capital dont le prêteur se prive. Quant à la question de savoir si l'intérêt doit être fixé par la loi d'une manière permanente, nous avons vu que l'économie, dont le droit doit consulter les principes, démontre que l'intérêt de tout capital, par conséquent aussi de l'argent, est également soumis aux changements déterminés par l'offre et la demande. Les lois usuraires, dans leur forme actuelle, sont donc à réprouver [1].

3° *Le prêt à usage* (commodatum) est le contrat par lequel une personne livre gratuitement à une autre l'usage d'une chose pour un but déterminé, sous la condition que l'em-

[1] Toutefois nous ne pouvons pas partager l'opinion de ceux qui veulent rejeter tout règlement sur l'intérêt de l'argent et abandonner tout aux conventions des parties. Entre la rente payée pour un capital d'argent et les autres rentes, il y a cette notable différence, que l'argent est la valeur *représentative générale* des biens, et que cette valeur, en facilitant toutes les transactions, se prête aussi le plus facilement aux abus dans les conventions privées. Nous pensons qu'on doit mettre l'intérêt de l'argent sous le contrôle d'un régulateur public, en le subordonnant aux *banques* et aux institutions *publiques de crédit*, qui déjà aujourd'hui fixent librement, dans leurs affaires d'escompte, le taux de l'intérêt d'après la loi de la concurrence et d'après toutes les circonstances du mouvement industriel, commercial et politique; ce taux, établi pour une époque déterminée, pourrait être adoptée comme taux normal pour les prêts privés pendant la même période.

prunteur lui rende le même objet. Tandis que dans le prêt de consommation le but d'usage ne peut être atteint que par le transfert de la propriété d'une chose à l'emprunteur, dans le prêt à usage il suffit de le mettre en possession (détention) de l'objet.

4° *Le dépôt* (depositum) est le contrat par lequel une personne s'oblige à garder gratuitement une chose appartenant à une autre et à la rendre. Si le déposant promet une récompense, le dépôt devient un contrat onéreux.

5° *Le mandat* (mandatum) est le contrat par lequel une personne s'oblige à gérer les affaires d'une autre comme son représentant. C'est par la représentation que le mandat se distingue des autres contrats concernant des services.

II. Contrats onéreux.

1° *L'échange*, dans le sens général du mot, est la base économique de tous les contrats onéreux dans lesquels une partie s'oblige envers une autre à une prestation comme équivalent d'une autre prestation. Mais, dans un sens plus étroit, l'échange est le contrat où une chose est donnée contre une autre chose, où par conséquent chaque chose se présente sous le double caractère de prix et de marchandise. Le but de ce contrat est essentiellement le transfert de la propriété.

2° *La vente* est le contrat par lequel une personne s'oblige à livrer une chose (comme marchandise) contre une somme d'argent (comme prix). Dans le droit romain, le but de ce contrat consistait seulement à garantir à l'acheteur la possession et la jouissance paisible de la chose *(ut rem emptori habere liceat)*; dans des législations modernes, le but est le transfert de la propriété, dans le sens général, comme droit de patrimoine. Selon plusieurs codes modernes (à l'exception du code français), et selon les justes principes, la vente confère seulement le droit de propriété ou plutôt le droit à la propriété (p. 147), qui elle-même, comme droit réel, n'est

acquise que par la tradition ou par l'inscription sur les livres publics.

3° *Le louage*, dans le sens le plus général, est le contrat par lequel une partie s'oblige à procurer à l'autre l'usage d'une *chose*, ou à *faire* quelque chose pour elle moyennant un prix convenu. Pour déterminer rigoureusement les diverses espèces de louages, il faut les distinguer d'après les trois sources économiques des biens auxquelles elles se rapportent. Ces trois sources sont la nature ou *les fonds de terre*, le *travail* et le *capital*, c'est-à-dire tout bien épargné, immobilier ou mobilier.

a. Le louage d'un *capital*, en tant qu'il comprend des choses *non* fongibles (par exemple une maison, un cheval, etc.), moyennant un prix, c'est le bail à loyer de toute chose qui doit être restituée individuellement. Ce contrat se distingue, d'un côté, du prêt de consommation, qui concerne l'usage d'un capital de choses fongibles, et d'un autre côté, du prêt à usage, qui est essentiellement gratuit.

b. Le louage de *travail* ou de services est de trois espèces: il y a des services communs, dans lequel le travail physique prédomine; il y a des services dans lesquels l'intelligence a la plus grande part, bien que la prestation et le prix appartiennent encore au domaine économique, industriel ou commercial (par exemple les services de facteur, d'expéditeur, de directeur, etc.); il y a enfin des services qui sont élevés au dessus du domaine des biens matériels, dans la sphère des sciences, des arts, de l'instruction, etc., et qui ne présentent qu'une face économique par la rémunération, appelée *honoraire*.

c. Le louage de *fonds de terre*, combiné généralement avec celui d'un *capital* (maison, bétail, instruments de travail, etc.) à l'effet d'être employés pour la *production* au moyen d'un *travail*, c'est le bail à ferme ou le fermage. Le louage d'un capital non fongible a pour but l'usage, le fermage a pour but la production. Par cette raison, l'intérêt économique et public

est engagé surtout dans le fermage, et il est de la mission du pouvoir législatif de tracer les principes généraux qu'il faudrait observer dans tous les contrats de ce genre. Les législations modernes qui, au profit de tous, ont aboli les charges féodales de la propriété terrienne, n'ont pas voulu sans doute que les conditions imposées aux fermiers par des propriétaires, qui sont maîtres de la situation, fussent aussi dures qu'autrefois et non moins préjudiciables à une bonne culture (p. 209). Il faut donc dans les fermages sauvegarder l'intérêt public, sans porter atteinte à la véritable liberté des transactions.

4° Une espèce particulière de louage est l'ancien contrat germanique appelé *bail à cheptel*, par lequel une partie donne à l'autre un fonds de bétail, considéré généralement comme capital fongible, pour le garder, le nourrir et le soigner moyennant certains avantages tirés du bétail. Ce contrat, qui peut être passé sous des conditions très-diverses (profit de la moitié du croît, charge de la moitié des pertes, etc.) trouvera probablement encore une application plus fréquente dans l'ordre agricole. La spéculation s'en est emparée déjà; mais il serait bien plus avantageux et plus conforme à l'intérêt économique, de voir les communes rurales elles-mêmes se constituer en bailleurs de ce fonds de bétail, en faveur des membres de la commune[1].

5° Le contrat pour *l'édition* d'un ouvrage, qui peut se combiner avec d'autres formes, telles que la société, la vente, le mandat, est en général un contrat par lequel une œuvre intellectuelle, représentée dans un objet matériel, est livrée par l'auteur, dans un but à la fois d'honneur et de gain, à un éditeur, qui se charge, en vue d'un profit, de la multiplier par voie mécanique en un certain nombre d'exemplaires. Le caractère spécifique de ce contrat consiste dans *le droit de multiplication* qui est conféré par l'auteur à l'éditeur.

[1] Ce mode a été adopté avec profit par des communes en Allemagne, notamment dans le Wurtemberg.

[illegible] la question de la propriété [illegible] [illegible] contrefaçon, question indépendante de ce contrat [illegible] en aucune manière être justifié (§ [illegible]).

6° Les contrats aléatoires font dépendre un avantage ou une perte d'un événement incertain. On en distingue deux espèces, essentiellement distinctes dans leur raison et dans leurs effets, selon la cause qui produit ou fixe l'événement. Les premiers sont les contrats d'assurances contre des pertes possibles arrivant par cas fortuit; les seconds sont des contrats réellement aléatoires, dans lesquels la chance de gain et de perte est de propos délibéré créée par la *volonté* des contractants. Les contrats d'assurance, par exemple contre l'incendie, la grêle, la maladie, le manque d'ouvrage, etc., peuvent être conclus soit sous la forme de spéculation commerciale, soit sous la forme supérieure de mutualité; ils ont un but économique qui, dans la dernière forme, est tout à fait moral, puisqu'ils font partager les pertes par tous les associés. Les autres contrats au contraire ne sont que des paris et des jeux, que le droit peut en une certaine mesure tolérer, mais auxquels toutes les législations refusent l'action civile.

7° Les contrats *accessoires*, qui ont pour but de garantir une dette existante, sont le gage, l'hypothèque et le cautionnement.

§ 88.

B. CONTRATS FORMELS.

Les contrats formels, dans lesquels la raison obligatoire n'est pas exprimée (p. 243), mais qui, selon l'intention des parties ou selon la loi, peuvent encore être revêtus d'une forme extérieure au moyen de l'écriture, peuvent se diviser en deux espèces, d'après les effets qu'ils produisent: les uns n'ont d'effet que pour les parties contractantes; les autres visent dès le principe à un but plus vaste de transaction sociale. On pourrait appeler les premiers, contrats formels

individuels; les seconds, contrats formels *commerciaux*. Mais on n'est pas d'accord sur la question de savoir quels contrats appartiennent à la première catégorie. D'après le droit romain, il faut certainement y compter la stipulation en général, ainsi que la fidéjussion et l'expromission; pour le droit moderne, plusieurs auteurs y placent le contrat récognitif (dans lequel une dette est reconnue) et la novation en général. Du reste il y a plus de raisons pour restreindre que pour étendre le nombre de ces contrats. Il en est autrement des contrats formels commerciaux: ce sont d'abord la *lettre de change* [1] et ensuite tous les papiers à *ordre* ou au *porteur*. Parmi ces contrats, la lettre de change est le plus important. Il y a cependant encore divergence d'opinions sur sa nature: d'après les uns, la lettre de change est un véritable contrat; d'après les autres, c'est une espèce de monnaie commerciale. Elle est, en effet, l'un et l'autre; elle est un contrat par rapport à la *forme* de conclusion, car toutes les conditions essentielles d'un contrat doivent y être observées; et elle est une monnaie commerciale par sa fonction ou par le *but* qu'elle remplit dans les transactions commerciales.

[1] D'après le code commercial français, la lettre de change n'est cependant pas un contrat formel, puisque, d'après l'art. 110, il faut y indiquer si la valeur a été fournie en espèces, en marchandises, en compte ou de toute autre manière; d'après la loi allemande et autrichienne, cette prescription a été omise avec raison.

DEUXIÈME DIVISION.

DU DROIT DES DIFFÉRENTES SPHÈRES DE VIE DANS LESQUELLES LES DIVERS GENRES DE BIENS SONT RÉALISÉS.

---

§ 89.

DIVISION DE LA MATIÈRE.

Dans la première division, nous avons développé le droit général par rapport aux biens de l'homme, dont la source se trouve ou dans la *personnalité* (droit des biens personnels), ou dans des *choses* (droit des biens réels), ou dans des *actions* (obligations). Cette première division contient la théorie abstraite des biens et des droits qui s'y rapportent. Dans la seconde division, il y a maintenant à traiter des principales sphères de vie dans lesquelles ces biens et ces droits sont réalisés. Dans cette division, les droits généraux sont appliqués et prennent en quelque sorte corps dans des êtres vivants, dans des personnes physiques et morales, qui constituent les diverses sphères dont se compose l'ordre social. En bonne méthode, cette seconde division est donc bien à distinguer de la première. La science du droit positif est à cet égard peu logique et arriérée, parce que la doctrine de

la société et de ses divers genres, d'une importance majeure dans les temps modernes, y est traitée, dans la catégorie des obligations, au point de vue mesquin du droit romain, qui n'envisage pas la société d'après sa nature, mais seulement d'après la forme du contrat, simple mode dont elle peut prendre naissance. Il en est de même du droit de famille, qu'on place généralement après le droit des obligations, sans marquer la grande différence qui existe entre ces deux parties. La juste division du droit doit reposer, comme nous l'avons fait voir (t. I, p. 282), sur la distinction essentielle du droit d'après l'*objet*, dans le sens général du mot, constitué par les trois genres de biens, et d'après le *sujet* ou les personnes individuelles et collectives auxquelles compètent des droits par rapport à ces biens. Par cette raison, toute la première division reparaît non seulement dans la seconde division en général, mais dans chacune de ses parties, parce que l'individu, comme toute personne collective, la famille et toute autre société, a des droits de personnalité, des droits réels et des droits d'obligation, modifiés d'après la nature de l'une ou de l'autre de ces sphères de vie.

La seconde division comprend dès lors l'exposition du droit des deux genres de sphères, dont nous avons déjà déterminé la nature et la différence (t. I, p. 285). Nous avons vu que, dans l'unité supérieure de l'ordre social humain, unité qui doit aussi recevoir en droit son expression et sa consécration, il y a deux séries de sphères de vie, dont l'une est toujours à un degré quelconque unie à l'autre, mais dont la première est constituée par des ordres sociaux ou des sociétés poursuivant chacune un but spécial, et la seconde par des sphères de vie dont chacune réunit tous les buts humains.

A la première série appartiennent l'ordre de droit ou l'État; l'ordre de religion ou l'Église; l'ordre économique, qui se constitue d'une manière plus étendue et plus indépendante; l'ordre de l'instruction, des sciences et des arts, sans

organisation propre suffisante, et l'ordre moral, dont l'organisation est à peine ébauchée dans les institutions de bienfaisance, etc. Ces ordres sont en partie des communautés incidentes *(communio incidens)*, en tant que les hommes entrent en naissant presque dans tous ces ordres, comme dans un État, dans une confession, dans l'ordre économique, etc.; cependant, au point de vue principal, ils sont des sociétés, en tant qu'ils reposent sur le libre consentement, ou sur un contrat, et qu'ils se manifestent aussi par le droit de chaque membre de quitter, sans autre obligation, un État particulier, une Église, ou de sortir d'une association particulière, sous les conditions imposées par les statuts.

A la seconde série appartiennent la personnalité individuelle, la famille, la commune, la nation et la fédération des nations à divers degrés, jusqu'à l'union fédérative de toute l'humanité. Nous avons vu (t. I, p. 287) que ces sphères embrassent chacune, en unité, tous les buts de l'homme; que l'individu, la famille, la commune, la nation, poursuivent à la fois un but religieux, moral, économique, etc.; qu'elles forment enfin les tiges dont les rameaux sont constitués par les sphères qui cultivent, en professions spéciales, les buts particuliers.

Nous commencerons l'exposition de cette seconde division du droit par la théorie des sociétés à buts spéciaux, parce que la notion générale de société trouve également son application dans la partie suivante [1].

[1] Toutefois nous traiterons ici seulement de la nature générale de la société, sans exposer en détail la nature des divers genres de société, comme cela devrait se faire dans un cours approfondi de droit naturel, en réservant *au droit public* (v. Livre II) d'exposer brièvement les rapports de l'État avec les divers ordres de culture sociale.

PREMIÈRE SECTION.

DU DROIT DES SOCIÉTÉS A BUTS SPÉCIAUX.

TITRE PREMIER.

Du droit de société en général.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE DE LA SOCIÉTÉ.

---

§ 90.

NOTION.

La société est fondée dans la nature de l'homme; naissant de l'instinct de sociabilité et se perfectionnant par une application de plus en plus étendue du principe d'association libre à tous les buts rationnels, elle doit être envisagée sous le rapport du fonds moral et de la forme juridique.

La société est l'union d'un certain nombre de personnes qui s'engagent librement à poursuivre par des prestations combinées un but commun, ayant son fondement dans la nature humaine. La société ne peut donc pas exister sans but rationnel, sans

combinaison de forces ou d'activités, sans liberté; et comme le choix de l'un ou de l'autre des buts qui tendent à la satisfaction de nos besoins physiques ou spirituels est un acte de la conscience morale, toute société, loin d'être purement juridique, est avant tout par son but et son action une *institution éthique* ou *morale.*

C'est donc une erreur de croire que la formation d'une société ne soit qu'un acte civil, qui doive se faire à la faveur de la loi ou de l'État. Le droit ne joue, ainsi que nous l'avons vu ailleurs, qu'un rôle secondaire partout où il s'agit de la poursuite individuelle et sociale des buts fondés dans la nature de l'homme. Ce n'est pas au droit ni aux lois de les constituer ni d'en permettre la réalisation; le droit doit seulement établir les conditions extérieures dont dépend la formation des sociétés, d'un côté, pour faire observer les prescriptions générales qui concernent la validité d'un contrat et les rapports des diverses parties qui coopèrent au but social, et d'un autre côté, pour imposer aux sociétés diverses les obligations qu'elles ont à remplir envers l'État, par exemple la *publicité* de leur existence et de leurs statuts. *Toute société tire le droit de son existence du but qu'elle se propose:* ce but peut être religieux, scientifique, industriel ou politique; pourvu qu'il soit licite ou conforme à la nature humaine, l'État ne peut s'arroger le droit de faire dépendre de son approbation la formation de la société qui l'adopte. Une société, poursuivant un but rationnel de la vie, n'existe donc pas par concession de l'État, mais de *droit naturel*; car elle se fonde sur l'activité de deux facultés humaines, la raison et la liberté, pour lesquelles l'État, comme institution sociale du droit, doit seulement établir les conditions générales d'exercice et d'application. Ces conditions doivent être formulées par la *loi*. Le système *légal* des sociétés, en opposition au système bureaucratique et administratif de *concession*, est seul juste et rationnel (p. 91).

---

§ 91.

DE LA DIVISION DE LA SOCIÉTÉ.

Comme le caractère distinctif d'une société réside dans le but qu'elle poursuit, il y a d'abord autant d'*espèces* de sociétés qu'il y a de buts particuliers pour la vie humaine. Nous avons vu que les principaux de ces buts sont: la religion, la morale, la science, les beaux-arts, l'éducation, l'industrie, le commerce et le droit. Aucune de ces sociétés n'embrasse l'homme tout entier et ne doit absorber toute son activité. La loi du développement des êtres raisonnables exige que l'homme, tout en choisissant un but particulier pour sa vocation, cultive cependant dans une juste proportion tous les autres buts de la vie.

Les sociétés qui se rapportent à un but spécial de la vie humaine peuvent se diviser par rapport à leur durée, et par rapport à la participation matérielle de leurs membres.

I. Quant à la *durée*, les sociétés particulières sont de deux espèces: elles sont *perpétuelles* ou *temporaires*. Il n'existe aujourd'hui que deux de ces sociétés qui soient perpétuelles, la société politique ou l'institution de droit, appelée l'*État*, et la société religieuse, ou l'*Église*. Les autres sociétés qui poursuivent des buts également importants ne sont pas encore arrivées à une organisation centrale et permanente; chacune d'elles est éparpillée en petites fractions, qui manifestent cependant une tendance à se réunir par associations dans des centres plus étendus. Quelle que soit la forme organique que l'avenir réserve à ces sociétés, il est certain du moins que les hommes peuvent poursuivre dans toutes les directions sociales des buts plus ou moins durables, et qu'ils ont le droit de se réunir à cet effet en société. Mais, comme un seul but ne doit jamais absorber toute l'activité de l'homme, comme chacun doit conserver et exercer la faculté de participer selon son

choix à la poursuite de tous les buts sociaux importants, il ne faut pas que les lois établissent des formes par lesquelles l'homme soit engagé avec tous ses moyens intellectuels et matériels dans une seule association ou dans une seule entreprise. Le principe que la justice doit reconnaître à cet égard, est que l'homme reste libre de partager ses forces entre un nombre de travaux ou d'entreprises aussi grand que ses moyens le lui permettent, et dans la proportion qu'il le juge convenable.

II. Sous le rapport économique on peut concevoir, selon l'*étendue* dans laquelle les membres d'une société doivent *répondre* des engagements sociaux sur leur avoir ou patrimoine, trois modes principaux:

1° *Tous* les membres sont responsables sur *tout* leur avoir, alors même que personne n'aurait mis tout son avoir dans la société: c'est la *société en nom collectif.*

2° *Un* membre ou *quelques-uns* (les gérants, les commandités) sont responsables sur tout leur avoir, et les autres, en nombre indéterminé, appelés bailleurs de fonds ou commanditaires, ne sont responsables que pour la partie à laquelle ils ont souscrit: c'est la *société en commandite*; cette société a été souvent adopté dans les derniers temps, pour se soustraire aux conditions imposées aux sociétés anonymes, la forme des *actions* pour les commanditaires; *société en commandite par actions.*

3° *Aucun* membre n'est responsable sur tout son avoir, mais seulement jusqu'à la concurrence de la partie qu'il a fixée et qui forme sa mise de fonds, sa quote-part ou son *action*: c'est la *société anonyme* (*limited liability* en anglais).

Comme les lois fixaient, sans nécessité, pour ces trois types de sociétés l'obligation d'avoir un capital et un personnel déterminé, ils ne pouvaient pas convenir pour des associations avec un capital indéterminé et un personnel flottant, comme cela a naturellement lieu dans les sociétés coopératives (t. I, p. 85). Pour rendre possible la constitution de ces sociétés, on a

créé (en France par la loi du 24 juillet 1867) un nouveau type, appelé *société à capital variable* qui du reste peut se combiner avec chacune des formes précédentes[1].

Ces trois espèces de sociétés sont particulièrement en usage dans le domaine économique industriel et commercial: mais d'autres sociétés peuvent, sous le rapport du patrimoine, se combiner avec l'une ou l'autre de ces formes. La première, formant le début dans la voie de l'association, n'a jamais pu être employée que pour des affaires de moindre importance; la seconde favorisait une plus grande affluence de capitaux de la part de commanditaires qui ne voulaient risquer qu'une portion limitée de leur avoir; mais le progrès de l'industrie et du commerce, l'application de plus en plus étendue des machines, et l'organisation des entreprises exigeant des capitaux considérables, ont rendu nécessaire l'emploi fréquent du mode de l'association *anonyme*. On a élevé contre cette espèce de société beaucoup d'objections tirées des abus et des inconvénients auxquels elle donne lieu. Mais ces inconvénients ne sont pas inhérents à la nature même de la société anonyme; ils résultent principalement d'une infraction commise à l'une des conditions essentielles d'organisation d'une société et consistant en ce que dans beaucoup de ces sociétés il y a des *actions au porteur* qui font paraître une telle société plutôt comme une association de capitaux que comme une

[1] Voir sur cette nouvelle espèce de société l'article de M. Batbie, *La liberté économique*, dans la *Revue des Deux Mondes*, 15 février 1868. Les caractères de la loi nouvelle, encore trop restrictive, sont d'après M. Batbie: la suppression de l'autorisation préalable du gouvernement, et pour les sociétés dont le capital ne dépasse pas 200000 fr. pour lesquelles on a créé le nouveau type, des coupures d'actions qui peuvent être abaissées à 50 francs; mais ces actions restent toujours *nominatives*, et la cession, pour être regulière, doit être inscrite sur les registres de la société. Tout associé peut se retirer à volonté, diminuer le capital social par sa retraite; la société à capital variable, qu'elle soit en nom collectif, anonyme ou en commandite, est toujours représentée en justice par ses administrateurs. Elle n'est pas dissoute, même quand elle est en nom collectif, par la mort, la retraite ou la faillite de l'un des associés et continue de plein droit avec ceux qui restent.

société de personnes morales et responsables et qui alimentent puissamment les jeux souvent frauduleux du commerce. Mais de telles actions sont contraires à la notion rationnelle de la société, qui ne peut pas admettre l'existence de membres inconnus, sans *nom* dans l'association (la loi anglaise de 1856 interdit pour plusieurs espèces de sociétés anonymes les *actions au porteur*). Beaucoup d'abus peuvent être levés par une *loi* sur les sociétés dites anonymes, dans laquelle on exigerait, outre une plus sévère *responsabilité* des administrateurs, réviseurs, etc., que les actions fussent *nominatives*, de manière que leur propriété ne serait acquise que par transcription sur les registres de la société[1].

§ 92.

DE LA DURÉE DES SOCIÉTÉS.

Quand la durée d'une société n'a pas été fixée dans le contrat social, l'intention des associés est sans doute que la société ne prenne fin que lorsque le but sera atteint, ou que l'insuffisance des moyens rendra la dissolution nécessaire. Dans le cas cependant où la durée d'une société n'a pas été dé-

[1] Depuis 1850, le mouvement industriel et commercial a fait naître un nombre considérable de sociétés anonymes. Mais comme la vie sociale, depuis cette époque, à défaut de satisfaction légitime dans l'ordre des intérêts publics et moraux, a pris une direction presque exclusive vers les intérêts matériels, on a vu se révéler l'esprit inhérent à ces intérêts, quand ils ne sont pas modérés et contrebalancés par l'esprit moral et public. Le désir de s'enrichir le plus rapidement possible, en remplaçant le travail par les jeux de bourse, l'exploitation de la grande majorité des actionnaires par les entrepreneurs, fondateurs et directeurs, les comptes-rendus frauduleux aux assemblées générales, la discussion rendue illusoire ou même impossible par le refus de la part de la direction de publier le compte-rendu avant la séance, la création d'actionnaires pour un jour par la tradition d'actions au porteur à des personnes étrangères, à l'effet seulement de s'assurer des voix, la limitation du droit de voter à des membres ayant un grand nombre d'actions, tous ces moyens et manœuvres ont reçu la désapprobation de tous les honnêtes gens; or une bonne *loi* déterminant tous les rapports essentiels d'une société peut seule y remédier: ce serait certes un grand bienfait pour la société et pour la fortune des particuliers.

terminée, chaque sociétaire reste libre de renoncer à l'union en tout temps, pourvu qu'il ait satisfait aux obligations sociales qu'il avait contractées.

Quant aux sociétés à terme, il faut distinguer entre les sociétés qui poursuivent les buts intellectuels ou moraux et les sociétés industrielles ou commerciales. Dans les premières, les sociétaires sont toujours libres de quitter l'association; car personne ne peut être contraint de concourir par des actes intellectuels et moraux à un but qu'il ne juge plus utile ou efficace; toutefois, s'il a promis des secours matériels, il doit les fournir pour tout le temps qu'il s'y est obligé par le contrat social: sa liberté morale n'est pas atteinte par les sacrifices matériels que son erreur lui impose. Par contre, dans les sociétés industrielles et commerciales établies pour un certain temps, où il ne s'agit pour les associés que d'un travail plus ou moins mécanique, et peut-être d'une coopération pécuniaire, aucun sociétaire ne peut se prévaloir de sa liberté morale pour renoncer à l'association; la justice peut le contraindre à satisfaire à toutes ses obligations pécuniaires, et lui faire payer des dommages-intérêts, s'il ne remplit pas les conditions du travail auquel il s'est engagé.

Les sociétés perpétuelles sont celles qui poursuivent des buts éternels fondés dans la nature humaine. Ces buts sont ceux de la religion, de la morale, du droit, de la science, de l'art et de l'industrie. Il n'existe encore que deux sociétés de ce genre qui soient parvenues à une *organisation* permanente; ce sont l'*État* et l'*Église*. Les autres y tendent par une association de plus en plus étendue et unitaire. Ces sociétés ne finissent pas; elles se transforment seulement d'après les idées plus justes et plus précises acquises sur le but de l'institution par les générations nouvelles qu'elles recueillent dans leur sein. Mais dans ces sociétés éternelles par leur but, les membres particuliers doivent encore conserver leur indépendance: ils peuvent quitter un État pour entrer dans un autre qui leur paraît mieux organisé et quitter

une Église quand ses dogmes ou ses institutions deviennent contraires à leurs convictions.

CHAPITRE II.

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

§ 93.

DE LA FORMATION ET ORGANISATION INTÉRIEURE DES SOCIÉTÉS ET DU PARTAGE DES BÉNÉFICES.

I. Comme personne ne peut être obligé de s'engager avec d'autres pour un but déterminé, une société ne peut être formée que par le *libre* consentement de tous les membres, c'est-à-dire par un *contrat*, à l'égard duquel il faut observer les conditions et les règles qui ont été exposées sur cette matière.

Dans le contrat de société, on peut distinguer deux conventions, le pacte d'*union* et le pacte de *constitution*. Le premier est alors le contrat préliminaire dans lequel on se concerte seulement sur le *but* de société. Cependant, comme chacun doit aussi consentir librement aux moyens auxquels il doit contribuer pour sa part, une société n'est *définitivement constituée* qu'après le consentement général de tous les membres sur les *moyens d'action*. Jusque-là, chacun reste libre de ne pas faire partie de la société. Il faut ainsi, pour la constitution définitive, l'*unanimité* des membres. Aucune majorité ne peut sous ce rapport lier la minorité.

Le contrat de constitution détermine les *conditions générales* sous lesquelles tous les membres consentent à coopérer au but de la société. Ces conditions forment les *lois fonda-*

mentales du pacte social. Mais le contrat de constitution ne doit pas seulement indiquer les lois sous lesquelles on agit; il doit aussi fixer le *mode* d'administration de la société et une autorité *judiciaire*, chargée de prononcer sur les cas particuliers. Cette autorité est généralement le pouvoir judiciaire de l'État; toutefois la constitution d'une société peut déterminer un autre mode de décision, par exemple l'*arbitrage*.

II. Le contrat détermine généralement pour les sociétés économiques le mode de distribution des bénéfices et la part qui doit revenir à ses divers membres; mais si le contrat ne contient à cet égard aucune stipulation, le principe de droit naturel, adopté par le droit romain, exige que les bénéfices soient partagés également, par tête. On doit présumer que telle a été l'intention des contractants, qui ont voulu compenser réciproquement les différences qu'il pouvait y avoir entre eux sous le rapport de la capacité administrative, de l'activité et du capital.

Les bénéfices d'une société doivent profiter à *tous* les membres qui coopèrent à les réaliser. Ce principe de droit est encore généralement méconnu dans l'industrie: ceux dont l'action est la source directe des bénéfices ne sont pas considérés comme actionnaires et sont exclus de toute participation aux bénéfices. Cette injustice commise envers le travail et les travailleurs s'explique par l'état précaire dans lequel se trouvent aujourd'hui la plupart des industries; les risques et périls auxquels elles sont exposées ne permettent pas, dans un moment de prospérité, de donner une part dans les bénéfices à ceux qui, dans les jours d'adversité, ne supportent pas une part dans les pertes. Mais la question est de savoir si cet état de l'industrie ne peut être modifié et perfectionné, au point de donner plus de sécurité aux entrepreneurs. Or ces moyens de perfectionnement sont donnés, d'un côté, par une plus grande centralisation des industries, par la disparition successive des petites exploitations, qui ne peuvent soutenir la concurrence avec les grandes entreprises similaires et, de l'autre

côté, par l'application de l'assurance réciproque et de la mutualité entre les diverses industries. A mesure donc que les idées d'association s'étendent et que les chances de perte diminuent, il deviendra possible d'appliquer aux travailleurs un principe de droit naturel (maintenant déjà adopté dans beaucoup d'exploitations industrielles, t. I, p. 89) en leur assurant, sous un mode quelconque, une participation aux bénéfices.

CHAPITRE III.

§ 94.

DU DROIT INTERNE ET EXTERNE DE LA SOCIÉTÉ.

La société est une personne morale par le but qui l'anime et qui forme le lien entre tous les membres; au point de vue du droit, elle est une personne juridique dans l'une ou l'autre des trois formes précédemment exposées (t. I, p. 188); elle possède des droits analogues à ceux de la personne individuelle.

La société possède donc, de même que chaque individu, des droits *primitifs*, absolus ou naturels, qui résultent immédiatement de sa nature et du but qu'elle se propose. Comme les buts que les sociétés poursuivent, loin d'être créés par la volonté, sont fondés dans la nature même de l'homme, les droits de la société sont tous aussi naturels ou primitifs que ceux de l'individu. Les droits *dérivés* sont pour elle ceux qui s'acquièrent par les actes des sociétaires.

La société se trouve dans deux espèces de rapports: rapports avec ses propres membres, et rapports avec d'autres individus ou avec des sociétés étrangères. Ses droits se divisent, eu égard à ces rapports, en droits *internes* et droits *externes*.

Le *droit interne* de la société comprend l'ensemble des conditions à effectuer par ses propres membres pour l'exi-

stence et le développement de la société. Ces conditions concernent l'organisation des fonctions ou des pouvoirs dont nous venons de parler, ainsi que les prestations imposées à tous les membres.

Le *droit externe* de la société comprend l'ensemble des conditions positives ou négatives concernant ses rapports avec d'autres sociétés et avec l'État.

Toute société usant du droit de la *liberté* et de l'autonomie peut s'organiser librement dans son intérieur, choisir les moyens qui lui paraissent les plus convenables pour réaliser son but, en observant les conditions générales de la justice; en s'appuyant à l'*égalité* du droit, elle peut exiger d'être traitée sur le même pied que toutes les sociétés émules ou rivales; en faisant usage de sa faculté de *sociabilité*, elle peut entrer dans des rapports plus ou moins durables avec d'autres personnes soit individuelles soit morales, passer des *contrats*, *s'associer* avec d'autres sociétés pour atteindre un but commun. Le progrès exige même que toutes les sociétés se rapportant au même genre de travaux établissent entre elles une *mutualité*, une *garantie* supérieure, et qu'elles s'unissent ensuite à des sociétés d'un autre ordre, jusqu'à ce que tout le travail social soit organisé d'après le principe de la solidarité et de la garantie commune. Enfin toute société peut exiger qu'on respecte sa moralité et son *honneur*, qui résident dans le but rationnel et moral qu'elle poursuit.

Quant aux rapports avec l'État, celui-ci a le droit de surveillance, en vertu duquel il peut exiger que toutes les sociétés fassent connaître leurs statuts à une autorité publique, pour qu'elle examine s'il n'y a rien de contraire aux lois. Cependant ce n'est pas à l'arbitraire d'un pouvoir administratif qu'il appartient d'autoriser une société; il faut qu'une *loi* générale établisse les conditions principales de formation et d'organisation des divers genres de sociétés, et l'autorité administrative doit seulement examiner si les statuts d'une société sont conformes à ces lois.

DEUXIÈME SECTION.

DU DROIT DES SPHÈRES DE VIE, EMBRASSANT CHACUNE A DIVERS DEGRÉS EN UNITÉ TOUS LES BUTS.

D'après la division précédemment établie (p. 253), cette section comprend le droit des personnes individuelles et collectives, dont chacune réunit en sa vie et poursuit à la fois tous les buts et prend part par conséquent à tous les ordres de culture. Les divers degrés de ces sphères de vie sont la personne individuelle, la famille, la commune, la nation, la fédération des nations et de toute l'humanité.

Nous avons à exposer le droit de ces diverses sphères plus en détail.

CHAPITRE PREMIER.

---

§ 95.

DU DROIT DE LA PERSONNE INDIVIDUELLE OU DE L'INDIVIDU.

L'homme, en sa qualité d'être raisonnable ou de *personne* (t. I, p. 111), possède originairement tous les droits qui se rapportent aux diverses faces de la personnalité individuelle,

et collective et aux buts rationnels qu'elle poursuit. Cependant l'homme ne possède pas seulement les caractères *communs* de la personnalité rationnelle; en se manifestant dans le temps et l'espace et dans l'ordre physique, il est aussi infiniment déterminé sous tous ces rapports comme individualité finie ou comme *individu*, et les droits généraux de la personne sont d'un côté complétés par les droits de l'individualité et d'un autre côté dépendants, quant à leur exercice, de certaines qualités tout individuelles, déterminées par les nécessités du développement physique et intellectuel, ou par les différences du sexe.

Les droits que l'homme possède à cause de son *individualité* ont été déjà sommairement indiqués (p. 21). Parmi ces droits les plus importants sont: le *droit du domicile* et de son *inviolabilité*, que déjà le droit romain (du temps de la république) et les anciens droits des peuples germaniques avaient entouré de respect, et auquel la constitution de l'Angleterre et des États-Unis a donné les plus fortes garanties, en vertu desquelles l'Anglais a pu dire depuis long temps: ma maison est mon royaume ou ma forteresse (*my house is my kingdom* ou *my castle*), maison, qui, selon les paroles de lord Chatam, peut être delabrée et menacer ruine, mais arrête à son seuil le pouvoir du roi d'Angleterre. Les constitutions modernes ont en partie rétabli cet ancien droit, en déterminant et en restreignant les cas dans lesquels l'autorité publique peut procéder à une visite domiciliaire.

Cependant ce n'est pas seulement le lieu physique de la maison, mais aussi ce qui se passe et se dit dans le cercle de vie intime de la famille, des amis, des invités dans une maison, qui doit rester soustrait à une surveillance indécente.

La personne individuelle a le droit d'entrer en commerce individuel avec d'autres personnes, d'élargir et de restreindre le cercle de son intimité et de demander à cet effet que ce qui tient à la vie privée intime ne soit pas surveillé, inspecté, espionné par une autorité publique. De même que la décence

commande de n'entrer dans la chambre d'une personne étrangère qu'avec son consentement et qu'il est à un haut dégré attentatoire à la vie intime d'une personne, de lire même des lettres laissées ouvertes sur une table, de même l'autorité publique doit, à plus forte raison, respecter le *secret des lettres* confiées à la poste comme de celles qui se trouvent au domicile. Les lois doivent bien préciser les exceptions (cas de guerre, de crime) où les lettres peuvent être saisies par une autorité publique.

Le *droit de tester* sera examiné dans le droit de succession.

Les droits de la *vie* individuelle, de la *santé* spirituelle et physique, le droit d'acquérir une *propriété* individuelle, de choisir une *vocation*, ont été exposés conjointement avec d'autres matières.

Les modifications que les droits généraux peuvent subir, quant à leur exercice, chez l'individu, sont déterminées principalement par l'*âge*, la *santé spirituelle* et le *sexe*.

La *capacité* de *droit* est, comme nous avons vu (t. I, p. 195), indépendante de l'âge, mais la capacité ou la faculté *d'agir* en droit est attachée à des conditions d'âge qui, selon la différence des rapports de droit qu'une action doit constituer, sont diversement fixées. Les lois positives distinguent généralement à cet égard: l'âge d'*enfance* (jusqu'à la septième année accomplie) dans lequel l'enfant ne peut par ses propres actes ni acquérir des droits, ni s'obliger; l'âge de *puberté* commençant après 14 ans accomplis (12 ans d'après le droit romain pour le sexe féminin) dans lequel on peut, d'après plusieurs codes, acquérir des droits, mais non pas s'obliger; et enfin l'âge de *majorité* fixé différemment, tantôt à 21 ans révolus (en France, en Angleterre et en Allemagne) ou à 24 ans (comme en Autriche). C'est la majorité qui confère le plein droit d'agir par soimême, pour acquérir des droits et pour s'obliger.

Les *états de maladie* affectant l'*esprit* comme les diverses espèces d'aliénation mentale suspendent la faculté d'agir. La

question de savoir s'il y a vraiment des intervalles lucides *(lucida intervalla)* et si les lois doivent permettre que les aliénés puissent dans ces moments agir en droit, paraît devoir être résolue négativement.

La *parenté*, qui est ou naturelle (de sang) en ligne directe et collatérale, ou artificielle par l'adoption d'un enfant ou l'alliance constituée par les rapports de l'un des époux avec les parents naturels de l'autre époux, est déterminée plus en détail par les lois positives.

La différence de *sexe* a été jusqu'à présent plus ou moins pour toutes les législations un motif d'établir des différences de droit qui ne peuvent être justifiées par la nature même des rapports sexuels. Le progrès de la culture humaine fait disparaître l'une après l'autre des lois qui traitent inégalement les femmes dans le droit civil et qui ont été imposées par le droit du plus fort et à cause de l'état négligé d'instruction du sexe féminin. Il n'y a non plus de raison d'exclure les femmes de certaines professions savantes (par exemple de celle de médecin) quand elles peuvent remplir les conditions prescrites. Pour la vie publique les femmes paraissent par leur destination être exclues de toutes les fonctions qui exigent un exercice régulier, continu; diverses situations engendrées par la procréation des enfants les attachent à la maison, où elles trouvent leur principale sphère d'action. Cependant, quant à la fonction publique transitoire des élections, il n'y a pas de raison péremptoire de refuser le droit d'élection à des femmes qui occupent une position indépendante. Aller plus loin et conférer un tel droit à des femmes mariées serait au fond donner un double vote aux hommes mariés d'ailleurs en général plus intéressés que d'autres à un bon ordre public.

Quant aux droits généraux et particuliers de la personne individuelle, nous devons rappeler ce que nous avons souvent fait ressortir, que les droits n'ont pas leur fin dernière en eux-mêmes, qu'il ne sont que des moyens, des instruments à employer pour l'accomplissement de tous les buts ration-

nels et des devoirs qui s'y rattachent et qu'à cette fin les droits, pour ne pas rester des formes vaines, doivent recevoir sans cesse une nourriture substantielle par l'instruction et un digne emploi pour les buts de la culture. Les hommes et les peuples, malgré tous les droits que les lois et les constitutions peuvent leur reconnaître, restent misérables et se ruinent dans de vides agitations et dans des révolutions sans but, s'ils ne savent pas remplir les formes de droit d'un fonds substantiel de culture intellectuelle et morale.

CHAPITRE II.

DU DROIT DE FAMILLE.

---

§ 96.

DU MARIAGE, DE SA NATURE ET DE SON BUT. [1]

La famille se fonde sur le mariage; l'homme et la femme, constituant les deux moitiés d'une unité supérieure et présentant dans leur organisation différente la plus profonde affinité, éprouvent naturellement le désir d'une union intime, pour se compléter réciproquement et former par le mariage une personnalité parfaite, source et condition de la propa-

[1] La plus belle et la plus juste appréciation de la nature du mariage et de la famille se trouve dans l'*Urbild der Menschheit* (Idéal de l'humanité) de Krause, 1808, réimprimé en 1851, Göttingen, chez Dietrich. Parmi les auteurs français nous distinguerons Blanc Saint-Bonnet: *De l'unité spirituelle* ou de la société et de son but au-delà du temps: t. III, Paris, 1843. Parmi les expositions modernes en Allemagne, se remarquent celles de Stahl (2e édition de la *Philosophie du droit*), de Rœder (*Droit naturel*, 1846) et de Chalybäus (*System der Ethik*, 1851).

gation de l'espèce. Ce sont les qualités opposées caractérisant la constitution physique et spirituelle de l'homme et de la femme qui font naître l'amour, toujours accompagné d'un sentiment de lacune, d'un manque ou d'un vide que l'union seule peut combler.

Le mariage est donc l'union complète dans laquelle toutes les faces de la nature humaine sont comprises en unité. De même que l'être humain est l'union d'un esprit et d'un corps, qui se pénètrent réciproquement, de même l'amour dans le mariage est l'union plus haute de deux individualités distinctes. L'amour ne porte donc sur aucun objet partiel; il s'adresse à la fois à l'esprit et au corps; il embrasse, dans sa plénitude, toutes les qualités de la personnalité humaine, réalisées dans la vie. Une union purement physique n'est pas un mariage: l'homme s'y abaisserait jusqu'à la brute. Mais un amour purement spirituel ne constitue pas non plus un mariage: l'amour platonique ne peut fonder qu'un lien d'amitié entre des personnes de sexes différents.

Le mariage est ainsi l'union intime de vie dont le but réside dans le lien même par lequel deux personnalités sont unies. L'amour matrimonial est l'affection fondamentale et harmonique par laquelle une personne s'unit tout entière à une autre. Les autres sentiments ne sont que des rayons épars de cette affection intégrale, dans laquelle une personnalité s'épanouit dans toutes ses qualités et aspire à une union toujours plus profonde et plus complète. C'est cet amour plein et harmonique dont l'amour sexuel n'est qu'une manifestation partielle et temporaire. Le véritable amour résume ainsi tous les aspects de la nature humaine, et se nourrit de tous les progrès accomplis dans la vie. Plus les personnes qui s'aiment sont richement développées dans toute leur personnalité, plus les points de contact sont nombreux et les liens durables.

Le *lien personnel* et la jouissance de ce lien est le but plein et entier du mariage. Tous les buts particuliers qu'on assigne à cette institution ne se rapportent qu'à des faces isolées.

C'est ainsi que le mariage, considéré sous sa face *divine*, est l'union à laquelle Dieu a communiqué une puissance créatrice; c'est le sanctuaire de la procréation, le foyer intime où se cultive tout ce qui est divin et humain.

Envisagé du côté de la *Nature*, le mariage apparaît comme un dessein de Dieu, pour harmoniser, dans le monde physique, le dualisme engendré par l'opposition des sexes.

Dans ses rapports avec la vie *spirituelle*, le mariage perfectionne dans chaque sexe les facultés de l'esprit qui y sont le moins développées. La pensée, qui prédomine chez l'homme, se complète par le sentiment, qui prédomine chez la femme: l'homme trouve au foyer domestique le repos et le contentement du cœur, où il puise une nouvelle force pour l'activité; la femme y est soutenue par une volonté plus indépendante et des connaissances supérieures; tous deux présentent dans leur union la vie harmonique de l'esprit.

Tous les buts particuliers, compris dans la destination de l'homme, sont réunis dans le mariage.

Le mariage est d'abord une union pour l'*élévation religieuse* de l'homme et de la femme, une source interne pour le développement de la connaissance et du sentiment de Dieu, qui, dans le sein de la famille, doivent trouver une culture libre, sur laquelle les autorités extérieures n'ont pas de prise.

Le mariage est ensuite une union pour l'*éducation* progressive des sexes, pour leur instruction commune dans les *sciences* et les *arts*, dont la culture forme un lien nouveau, en rendant les rapports spirituels entre les époux plus intimes et plus multiples.

Le mariage est, à un point de vue plus secondaire, une société *économique* de production, de distribution et de consommation, en tant que les biens matériels de la vie doivent être obtenus par des efforts communs, conservés et sagement utilisés dans la famille.

Le mariage est encore une union pour le perfectionnement *moral* des hommes, pour l'accomplissement des devoirs les

plus variés; c'est dans la famille que s'exercent d'abord les vertus les plus importantes, qui permettent aux époux de supporter en commun les charges et les malheurs de la vie, et de jouir de ses biens. C'est au sein de cette union que se développent et se fortifient les sentiments d'abnégation, de désintéressement et de commisération, les devoirs de sacrifice, de modération et de prudence, les affections les plus intimes, les plus douces et les plus pures, par lesquelles des hommes puissent être liés entre eux. La famille est le foyer d'où les bonnes habitudes se répandent sur l'ordre social, dont la moralité s'élève ou s'abaisse avec l'esprit moral des familles. L'affaiblissement de l'esprit et du lien de famille prépare de graves désordres dans la société, et, d'un autre côté, la famille peut rester le sanctuaire et l'asile où peuvent se retirer, se conserver les sentiments honnêtes refoulés d'une société politique qui se corrompt. Enfin la famille est, comme disait Rousseau, «la petite patrie par laquelle nous tenons à la grande patrie», elle répand sur le sol qui nous fait naître cette atmosphère de premiers et forts souvenirs qui restent les plus chers pendant toute la vie. C'est par la transformation de la personne individuelle et de la famille que le christianisme a opéré la transformation de la grande société, et les grands maux dont la société actuelle est atteinte doivent trouver leur principal remède dans la restauration morale de la personne individuelle et de la famille.

Le mariage est enfin une société *juridique* ou de droit; car il doit être conclu sous forme de contrat, il est réglé par le droit et placé sous la protection de la loi; il doit sans cesse remplir les conditions d'existence et de développement pour les membres de la famille.

Mais toutes ces faces et tous ces buts particuliers du mariage sont réunis dans l'unité et la totalité du lien personnel, comme but matrimonial un et entier. Le mariage ne doit donc être considéré d'aucun point de vue isolé, qui ferait méconnaître sa dignité et son caractère si complétement hu-

main. Le mariage n'est donc pas purement une société pour la procréation des enfants, encore moins une simple union sexuelle, ni une société d'acquêts, ni un contrat civil; il représente, au contraire, l'unité de l'être humain dans la totalité de ses buts. On peut donc le définir: *l'union formée entre deux personnes de sexe différent, en vue d'une communauté parfaite de toute leur vie morale, spirituelle et physique, et de tous les rapports qui en sont la conséquence*[1].

C'est à cette union intime que Dieu a attaché les conditions de la procréation humaine. L'enfant confié à la garde des parents est une expression vivante de leur unité d'âme et de corps et un nouveau ciment d'amour. Sa naissance introduit en même temps dans le mariage un nouvel élément de moralité. C'est dans les enfants que les époux transportent leur idéal et leurs espérances; les soins intelligents dont ils les entourent, l'attention soutenue qu'ils donnent à leur développement, le désir de les rendre meilleurs qu'ils ne sont eux-mêmes, leur font contracter des habitudes plus morales: en cherchant à paraître meilleurs aux yeux de leurs enfants, ils le deviennent en réalité. D'un autre côté, les efforts et la sollicitude éclairée des époux n'échappent point aux enfants et deviennent pour eux un encouragement et un stimulant

[1] On remarquera la conformité de cette notion du mariage avec les deux définitions du droit romain, celle de *Modestin*: «Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio», et celle d'*Ulpien*: «Nuptiæ sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens»; § 1. I. *de patria potest.* Ces définitions ont perdu de leur simplicité dans le droit canon: «Consensus cohabitandi et individuam vitæ consuetudinem retinendi conjuges facit. Individuæ vero vitæ consuetudo est talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, et e converso.» C. 3. C. XXVII, q. 2. — Le code autrichien, § 44, s'exprime mieux que beaucoup d'auteurs: «Dans le contrat de mariage, deux personnes de sexe différent déclarent légalement leur volonté de vivre en communauté indissoluble, de procréer des enfants, de les élever et de se prêter assistance mutuelle.» — Une belle formule de célébration du mariage est celle qui est usitée en Angleterre: «I take thee to my wedded wife, to have and to hold from this day forward, for better for worse, for richer for poorer, and in sickness and in health, to love and to cherish, till death do us part according to God's holy ordinance; and thereto I plight thee my truth.»

qui les excite à répondre à l'attente de leurs parents. Le mariage bien compris est une éducation mutuelle entre tous les membres de la famille.

Cependant le but du mariage ne consiste pas uniquement, comme plusieurs auteurs l'ont prétendu, dans la procréation et l'éducation des enfants: la procréation est plutôt un effet naturel que le but de l'amour sexuel. Car si le but du mariage consistait dans ce fait, les lois ne pourraient pas permettre le mariage aux personnes trop âgées pour avoir des enfants. L'usage a été mieux en accord avec la vraie notion du mariage que ces théories exclusives. On ne peut pas non plus définir le mariage, comme on l'a fait, l'union de deux personnes pour la *moralisation* de l'instinct *naturel* du sexe et des rapports qu'il établit; car, dans cette notion, on place encore le but principal dans la satisfaction morale de l'instinct sexuel, qui n'est qu'un but partiel, tandis que le mariage est fondé sur la satisfaction morale de tous les besoins spirituels et physiques de la vie humaine.

Le mariage est donc, dans sa *nature* et dans son *but*, aussi multiple que la vie de l'homme; il est le foyer intime dans lequel se reflète tout ce qui est humain et divin, un centre de vie et d'activité pour tous les buts de la raison. Chaque famille est une société qui doit cultiver dans son sein la religion, la morale, la science, l'instruction, l'art, l'industrie et le droit ou la justice. La société matrimoniale est aussi variée que les buts qu'elle réunit en elle; elle est une institution religieuse, civile, morale, économique et pédagogique, un résumé vivant de la grande société humaine.

Le mariage est un sanctuaire où sont cultivés, dans l'intimité la plus profonde, les rapports les plus élevés de l'homme avec Dieu, avec la nature, avec l'humanité. Il doit être une élévation mutuelle de l'esprit et du cœur vers les sources de toute vérité, de tout bien, de toute beauté; et plus l'amour est profond, plus il épure aussi l'élément physique, qui doit être harmonisé avec les autres faces de la nature humaine.

Mais, pour accomplir ce but général, il faut un ensemble de moyens ou de conditions; il faut que, dans la constitution spirituelle et physique des époux, il n'y ait pas d'obstacles qui s'opposent à l'union matrimoniale, ou qui en dénaturent le caractère. Or, c'est par le droit que le mariage peut conserver son caractère essentiel.

Le mariage est donc aussi une institution juridique. Le droit ne le crée pas, mais le consacre et le garantit, en se conformant à sa nature. La loi fait respecter le mariage et ne peut rien autoriser qui soit contraire à ses buts fondamentaux. Le mariage considéré sous le point de vue du droit, ou le *droit de mariage*, embrasse *l'ensemble des conditions nécessaires à la formation, au maintien et au développement de la société matrimoniale.*

§ 97.

DES CONDITIONS REQUISES POUR LA FORMATION DU MARIAGE.

Les conditions positives et négatives requises pour la formation du mariage sont d'une nature à la fois physique et morale. Il faut d'abord que les deux personnes aient atteint un certain âge, qu'elles soient assez développées sous le rapport physique pour réaliser, sans danger pour leur propre santé, l'un des effets du mariage, qui consiste dans la procréation des enfants; cet âge est fixé différemment par les lois, d'après les divers climats, qui exercent en effet une grande influence sur le développement du corps humain. Il faut ensuite que les deux personnes réunissent les conditions intellectuelles nécessaires à l'union, qu'elles puissent comprendre l'importance et les devoirs de la société matrimoniale, et déclarer leur volonté libre et réfléchie de s'unir d'une manière durable par le lien du mariage. Comme cette société se fonde sur l'amour, sentiment personnel, c'est aux futurs conjoints qu'il appartient de déclarer leur volonté. Or,

la déclaration de la volonté commune de deux personnes sur un objet de droit, est une convention. Le mariage est donc fondé, quant à sa *forme*, sur un *contrat*.

Nous rencontrons ici deux opinions exclusives, dont l'une ne veut voir dans le mariage qu'une institution purement *religieuse*, et l'autre une institution purement juridique ou *civile*. Tandis que celle-ci fonde le mariage entièrement sur le *contrat*, l'autre regarde ce contrat comme un fait irréligieux, qui rabaisse ou dégrade le mariage. Il y a erreur des deux côtés. Le mariage, quant à son *essence*, est une institution *éthique*, comprenant tous les rapports de l'homme, par conséquent aussi la religion. La plus haute dignité du mariage réside dans sa nature morale et religieuse, et il importe de lui conserver ce caractère dans la vie sociale, de n'y porter aucune atteinte par la loi. Mais la forme du contrat n'est pas contraire à cette nature. Elle ne fait que consacrer un principe à la fois moral et juridique de toute association, le principe de la liberté, que l'État a pour mission de protéger. Le contrat n'est au fond que la sauvegarde juridique de la liberté morale; car le droit ne peut pas permettre qu'une personne soit contrainte par une autorité quelconque de s'associer à une autre pour l'un ou l'autre but de la vie; cette contrainte serait éminemment immorale dans une association qui s'étend à toute la vie et sur toute la personnalité humaine. D'ailleurs, l'Église elle-même a toujours insisté sur la nécessité du *libre consentement*.

La seconde opinion ne voit dans le mariage qu'un contrat civil, et regarde la consécration religieuse comme un hors-d'œuvre ou tout au moins comme une chose secondaire; en poussant le principe du contrat dans ses dernières conséquences, elle admet non-seulement que le mariage puisse être dissous par le simple consentement des parties contractantes, mais qu'on pourrait aussi par consentement mutuel contracter un mariage à temps, comme on forme d'autres sociétés temporaires. Cette opinion méconnaît complétement

la nature morale du mariage et le met au même rang que les sociétés qui n'ont qu'un but passager, déterminé par la volonté des parties. Si le contrat est déjà subordonné à un principe objectif de droit, à plus forte raison le mariage, institution à la fois morale et juridique, ne peut-il pas être l'objet de conventions arbitraires. Ce n'est pas la volonté des conjoints qui détermine la nature et le but de l'union matrimoniale; c'est au contraire sur la nature morale de cette union que doit se régler le contrat; toute stipulation contraire est nulle.

Le contrat est seulement une *forme juridique* indispensable du mariage. Tout ce qui est requis pour la validité d'un contrat, la liberté, l'absence de toute erreur essentielle, l'exemption de toute violence, est donc également requis pour l'union matrimoniale. Sans ces conditions, le mariage, même celui qui serait consacré par une autorité ecclésiastique, serait nul. C'est surtout l'accomplissement de ces conditions juridiques dans le contrat, que l'État, comme représentant du droit, doit surveiller. Le mariage ne peut donc être considéré comme une institution purement morale et religieuse[1]; il est au contraire à la fois une union morale et religieuse et un rapport juridique, formulé par le contrat et surveillé par l'État.

Cette double nature du mariage implique la conséquence que la *célébration* du mariage devrait se faire à la fois sous le rapport *civil* et sous le rapport *religieux*. Cependant ces deux modes se distinguent encore essentiellement en ce que le mode civil est de droit, et a même pour but de faire re-

[1] En Allemagne et ailleurs, beaucoup d'auteurs se sont prononcés, dans ces derniers temps, contre l'opinion qui fait du mariage un contrat ou un acte civil, et ils ont raison de reconnaître la nature supérieure du mariage. Cependant ils sont souvent tombés dans l'erreur opposée, en absorbant le côté si important du droit et du contrat dans le caractère moral de l'union. Un éminent jurisconsulte, Savigny, a fait remarquer, au contraire, que le mariage devait aussi se fonder sur un contrat, à cause des conditions juridiques exigées pour sa validité Quelques auteurs ont voulu borner le contrat de mariage au règlement des biens entre les époux; mais ce n'est là qu'un *objet* particulier du contrat.

connaître la liberté des époux dans ce contrat, qu'il doit donc être commandé par la loi, être *obligatoire* pour tous, tandis que le mode religieux, malgré sa haute importance, doit être laissé à la libre conscience religieuse. Ces principes ont reçu leur formule la plus précise dans le système du mariage civil *obligatoire* à pleins effets civils, *précédant* la célébration religieuse abandonnée à la conscience des conjoints. Ce système rend à l'État ce qui est de son droit et à l'Église ce qu'elle peut demander à la conscience religieuse de ses fidèles; il est une garantie contre les prétentions contraires à la liberté que particulièrement l'Église catholique a maintenues jusqu'à ce jour, surtout par rapport à l'éducation des enfants, et il n'impose pas à l'État l'injuste obligation de maintenir, par un droit de contrainte, ce qui n'a de valeur que par la liberté morale. Ce système, établi par la révolution en France et adopté depuis en d'autres pays, 1875 aussi en Allemagne, a rencontré beaucoup d'opposition par suite de susceptibilités religieuses, qui, à l'effet de faire lever les conflits possibles entre les prétentions d'une Église et la liberté de conscience, ont fait proposer tantôt le système dit de mariage civil *facultatif*, qui n'a guère trouvé de partisans, tantôt le système de mariage civil par *nécessité (Noth-Civilehe)*, qui serait appliqué dans des cas réels de conflit entre une autorité ecclésiastique et la liberté de ceux qui veulent se marier. Ce dernier système, quand il transfère la tenue des registres de l'état civil du clergé aux autorités civiles, est assez propre à former une transition pour le premier système. La forme de la célébration civile ne porte aucune atteinte à la nature morale et religieuse du mariage, et les bonnes mœurs comme les vrais sentiments religieux porteront toujours les époux à faire sanctifier la forme civile du mariage par la célébration religieuse.

Les *empêchements* ou les conditions négatives du mariage dérivent particulièrement de la position spéciale des personnes entre lesquelles le mariage n'est pas permis, quoiqu'elles

réunissent les conditions générales qui les rendent aptes à cette union. Il faut compter, parmi ces empêchements de droit naturel, les relations entre parents et enfants, entre frères et sœurs. La morale et la physiologie sont d'accord pour prohiber le mariage entre ces personnes. Les relations qui existent entre elles produisent des affections toutes différentes de celle de l'amour. Les parents et les enfants sont liés par un rapport de subordination morale, d'où résultent le dévouement et le respect, tandis que l'amour veut essentiellement un rapport d'égalité. Le frère et la sœur sont unis par l'amitié, fondée non sur les caractères, comme les amitiés ordinaires, mais sur la communauté de descendance, d'habitudes, d'éducation et de soins. La physiologie se déclare contre ces unions; car, d'un côté, le mariage entre parents et enfants ferait pour ainsi dire marcher la vie à reculons ou rentrer l'effet dans la cause; et, d'un autre côté, le mariage entre frères et sœurs est contraire à une loi qui se manifeste dans tous les règnes de la nature, d'après laquelle le fruit est d'autant plus vigoureux qu'il a sa cause dans des êtres qui, tout en appartenant à la même espèce, ont eux-mêmes une origine plus diverse. Ces raisons morales et physiologiques doivent être consacrées par le droit et les lois.

Considérons maintenant, au point de vue du droit, les rapports établis entre les époux.

§ 98.

DES CONDITIONS REQUISES POUR L'EXISTENCE ET LE MAINTIEN DE LA COMMUNAUTÉ MATRIMONIALE.

Comme l'union matrimoniale se distingue de toutes les autres sociétés en ce qu'elle embrasse la personnalité entière des époux, le dévouement entier que l'un doit à l'autre ne permet pas de partage dans cette affection. Il s'ensuit que la *monogamie* pure est seule un mariage rationnel et moral.

Établi sur l'union intime des individualités, sur l'échange des pensées et des affections, le mariage exige l'égalité dans la position réciproque des époux. Le partage de l'amour, soit du côté du mari, soit du côté de la femme, entraînerait l'inégalité et détruirait l'intimité et la confiance dans la famille. La polygamie est donc contraire aux conditions essentielles du mariage, et les lois doivent la prohiber[1].

Il en est de même d'une autre espèce de polygamie, non pas permanente, mais transitoire, qui se produit sous les formes de l'*adultère*. Des actes de cette nature, qu'ils soient commis par le mari ou par la femme, ont aux yeux de la morale la même gravité, et devraient avoir en droit les mêmes effects: car ils blessent la condition essentielle de l'union matrimoniale, l'attachement égal et réciproque des époux. Les lois seront contraires à la morale et à la justice, aussi longtemps qu'elles ne rendront pas la position des sexes égale par rapport aux conséquençes de l'adultère. L'objection qu'on fait contre cette égalité se tire de la différence qui existerait entre les résultats de l'infidélité, selon que l'acte est commis par l'époux ou par l'épouse; l'argument est contestable, mais en tout cas les raisons morales, qui doivent ici prévaloir, impriment à ces actes le même caractère. Les deux époux

[1] L'argument physiologique, tiré du nombre à peu près égal des individus appartenant aux deux sexes, est moins décisif. Il prouve cependant que la polygamie ne peut recevoir chez aucun peuple une application générale. L'immense majorité des hommes doit se contenter, comme en Turquie, d'une seule femme. Ce fait sera probablement d'un grand secours pour abolir la polygamie chez tous les peuples. L'histoire atteste partout les effets pernicieux, au point de vue des mœurs et de la civilisation, qui résultent de l'oppression injuste du sexe féminin; c'est une question à examiner si les nations chrétiennes n'auraient pas le droit de demander à la Turquie, du moins en Europe, l'abolition de cette espèce d'esclavage de sexe, comme elles ont défendu l'esclavage de race. Comme aucun peuple polygame ne s'est élevé à un degré supérieur de culture, la Turquie, si elle ne veut pas être debordée par le mouvement de culture, qui s'est emparé des peuples qu'elle a longtemps maintenus dans l'oppression, devra songer avant tout à lever cette barrière morale qui la séparera toujours des peuples chrétiens, et qui pourra d'autant plus facilement être écartée que la polygamie est seulement permise par le koran.

peuvent donc exiger au même degré la *fidélité*, comme une condition essentielle de la communauté matrimoniale.

Les obligations qui existent entre les époux ne permettent pas en général l'emploi de la contrainte pour les faire exécuter. Les *devoirs conjugaux* proprement dits ne peuvent être que des manifestations libres de toute l'affection des époux; un droit de contrainte qui les changerait en actes indignes de la nature morale de l'homme n'existe pas.

La *direction* des affaires de la société matrimoniale, ou le *pouvoir* familial, appartient aux deux époux; la position de la femme dans la famille est égale à celle de l'homme, quoique les fonctions soient différentes. On ne peut pas admettre que la femme soit moralement et juridiquement inférieure à l'homme, ou qu'elle soit soumise à ce qu'on appelle la *puissance maritale*. On a voulu justifier ce pouvoir du mari par une prétendue infériorité spirituelle de la femme, et des physiologistes ont même cherché à démontrer que la femme n'est autre chose que l'homme arrêté dans son développement physique. Mais la psychologie et la physiologie moderne se réunissent pour réfuter cette doctrine. L'homme et la femme ont les mêmes facultés fondamentales; il y a seulement entre eux une notable différence dans le *mode* de manifestation de ces facultés, et de cette différence résultent leurs fonctions diverses dans le mariage.

L'homme porte ses pensées et ses sentiments plutôt vers l'extérieur, sur les rapports qui l'unissent au monde et à l'humanité, tandis que la femme concentre plutôt ses affections et ses pensées dans l'intimité de la vie de famille. Chez l'homme il y a une plus grande puissance d'abstraction et de généralisation, plus d'aptitude pour les sciences, une faculté de conception plus étendue; chez la femme prédominent le sentiment et la faculté de saisir les rapports particuliers et personnels. Si l'homme, par son activité intellectuelle, est plus savant, la femme, par son activité affective ou sympathique, est essentiellement artiste. D'où il suit que

le mari, comprenant mieux le monde extérieur, représente plutôt la famille dans ses *relations au dehors*, et qu'à la femme est dévolue plus particulièrement la gestion des affaires intérieures ou *domestiques*. Cependant il ne faut pas réduire à ce cercle étroit la vie et le développement de la femme. Douée de la même nature que l'homme et des mêmes facultés fondamentales, elle peut et doit s'intéresser à tout ce qui est humain; mais la manière dont elle prend part à la vie sociale est toujours déterminée par la tendance féminine vers l'individualisation et vers l'intimité, tandis que l'homme éprouve une tendance contraire vers la généralisation et vers l'expansion. La femme ne doit donc pas être considérée comme incapable de contracter dans la vie sociale des engagements sur des objets qu'elle peut connaître et souvent mieux apprécier que le mari [1]. Même dans la vie publique, les femmes qui ont une position indépendante peuvent être admises à l'exercice du droit d'élection [2].

[1] Voir les observations de M. Mittermaier sur l'injuste sévérité du code français (art. 215-256): *la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation du mari*, elle ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit. Quelques législations modernes n'ont pas adopté toutes ces dispositions. M. Mittermaier fait remarquer, avec raison, que l'éducation des filles est aujourd'hui plus soignée qu'autrefois et leur procure les moyens de former leur esprit. Les femmes, dit-il, prennent une si grande part aux affaires qu'elles parviennent à les connaître aussi bien que les hommes. Dans la classe agricole et parmi les ouvriers, c'est d'ordinaire sur les femmes que retombe la charge de vaquer aux affaires. L'expérience prouve qu'elles possèdent l'intelligence nécessaire pour bien apprécier les différents rapports de la vie sociale. La douceur des mœurs et la transformation de la société ne tolèrent plus la rudesse et la tyrannie des hommes (*Revue de législation*, Paris, t. IX, p. 92).

[2] C'est Hippel, l'ami de Kant, qui, dans les temps modernes, a le premier soutenu l'égale aptitude de l'homme et de la femme à toutes les fonctions humaines, dans ses deux livres: *Ueber die bürgerliche Verbesserung der Weiber*, 1792 (sur l'Amélioration civile des femmes), et *Fragmente über weibliche Bildung*, 1801 (Fragments sur l'Éducation féminine). Ces deux ouvrages renferment un très-éloquent et spirituel plaidoyer en faveur de l'égalité absolue. La même thèse a été soutenue par Hugo, *Naturrecht* (Droit naturel), 1798 et 1820. La vraie théorie qui fait la part de l'égalité et de l'inégalité a été développée par Krause: *Urbild der Menschheit*, 1808 (Idéal de l'Humanité) et *Tagblatt des Menschheitlebens*, 1811. Dans les derniers temps, la ques-

Le contrat de mariage ne peut renfermer aucune stipulation par laquelle l'un des époux se réserverait une liberté contraire à la nature du mariage ou la non-prestation d'une des conditions essentielles de l'association.

§ 99.

DU SYSTÈME RATIONNEL DES BIENS DANS LE MARIAGE

Les principes constitutifs de l'union matrimoniale doivent aussi se refléter dans le régime des biens des époux. Le mariage constitue une unité supérieure et collective, dans laquelle cependant les deux personnes, quoique intimement liées, conservent leur individualité et leur vie propre. L'individualité dans le mariage ne doit pas s'effacer, mais s'harmoniser avec l'idée de la communauté. Les deux principes que nous avons rencontrés dans toutes les matières du droit, ceux de l'unité et de l'individualité, sont également destinés à se concilier dans le système matrimonial des biens.

Plusieurs systèmes ont été établis dans la vie pratique, dans lesquels prédomine plus ou moins l'un ou l'autre point de vue. On peut distinguer: le système *dotal*, plus ou moins dans la forme romaine, qui, en maintenant la séparation des biens de la femme, et permettant d'en employer seulement une partie pour les besoins du mariage, convient le moins à la nature du mariage; le système de la *communauté* des biens, soit universelle, soit partielle, établi vers la fin du moyen-âge, principalement dans les villes, pour favoriser le crédit (et adopté comme système légal, présomptif, par le code civil); le système de l'*union* des biens, avec distinction intérieure, mais sous l'administration unitaire du mari, et

tion de l'admission des femmes à l'exercice du droit électoral et même aux fonctions publiques, a été vivement discutée en Angleterre (J.-St. Mill) et en Amérique, et finira probablement un jour par recevoir une solution pratique affirmative sur le premier point.

avec certaines garanties pour la conservation des biens de la femme; ces systèmes principaux sont susceptibles de beaucoup de modifications, qu'ils ont aussi subies dans la pratique. Les lois, en respectant la liberté de disposition, ne doivent prescrire aucun de ces systèmes, mais, d'un côté, elles ont à les formuler le plus nettement possible, comme des types que des époux peuvent choisir, avec les modifications qu'ils jugent convenables, et, d'un autre côté, à établir l'un de ces systèmes comme le système légal à présumer, quand les époux n'ont pas fait de conventions. En général, il y a lieu de préférer la communauté partielle (dont l'une des formes est la société d'acquêts), établie de manière que les biens affectés à la femme puissent servir de fonds de réserve propre à aider la famille dans l'adversité, et à assurer l'accomplissement des obligations que les parents ont contractées envers les enfants.

Par rapport à la société civile, il faut que le contrat de mariage, en ce qui concerne les biens réservés à la femme, soit rendu public, afin que les tiers ne soient pas induits en erreur sur les garanties que peut offrir le mari; et il faut que l'hypothèque que la femme obtient pour ses biens sur les immeubles du mari soit également inscrite sur les registres publics.

§ 100.

DE LA DISSOLUBILITÉ DU MARIAGE, OU DU DIVORCE [1].

Le mariage est conclu par l'homme et la femme avec l'intention de s'unir pour le cours de la vie entière; car l'amour qu'il faut présumer ne supporte pas la pensée que ce lien

[1] Consulter sur cette matière l'exposé des motifs du conseiller d'État Treilhard, le rapport fait par le tribun Savoie-Rollin, l'opinion contraire bien développée du tribun Carion-Nisas, et le second discours de Treilhard. *Motifs, rapports et opinions des orateurs qui ont coopéré à la rédaction du code civil,* revus par M. Poncelet. Paris, 1838, 2 vol.

puisse jamais se rompre. Le contrat de mariage ne peut donc contenir aucune détermination du temps où l'association se dissoudrait d'elle-même. L'union matrimoniale exige en principe l'indissolubilité. Alors même qu'elle ne serait réalisée dans la vie que d'une manière incomplète, elle resterait encore l'idéal proposé au perfectionnement moral des hommes. Le droit, quant à son but, est d'accord avec la moralité et tend également vers cet idéal. Cependant il doit aussi tenir compte de l'état réel, c'est-à-dire des défauts et des imperfections de la vie humaine. On peut donc, en droit, soulever la question de savoir s'il ne doit pas être permis de dissoudre un mariage qui, dans la réalité, par la conduite de l'un ou des deux époux, répond si peu à l'idée de cette union, que sa nature morale en est altérée, et que la dignité de cette institution en est blessée.

En considérant la double nature, morale et juridique, du mariage, nous reconnaissons d'abord le devoir imposé aux époux par la conscience et la religion, de sauvegarder le caractère élevé de l'union, d'envisager ce lien, non comme un simple produit de leur libre arbitre ou de leur inclination variable, mais comme une puissance supérieure de l'ordre moral, appelée à épurer les sentiments, à mûrir les pensées, à donner une direction plus ferme à la volonté, à faire supporter en commun tout ce qui arrive dans la vie, à faciliter enfin par l'intimité l'éducation mutuelle des conjoints. Comme le mariage est une union pour l'exercice de toutes les vertus, les époux n'ont pas seulement à se conserver mutuellement l'amour et la fidélité, à se prêter aide et assistance sous le rapport spirituel, matériel et moral, mais à pratiquer aussi l'un envers l'autre les devoirs de l'indulgence, de la tolérance et du pardon, sans tomber dans la faiblesse ni encourager l'immoralité. Mais lorsque l'idée morale de l'union est détruite, que le but est manqué et que la dignité d'un époux est profondément blessée, une telle situation peut constituer pour lui un droit et même un devoir de faire dissoudre le

mariage, puisque la réalité de la vie ne serait plus qu'l'avilissement continu de cette institution.

En jugeant la vie réelle d'après l'idée et le but de la fae mille, il faut donc établir en principe de droit que là où les conditions premières du mariage, comme association morale, ont cessé d'exister, la dissolution du lien peut avoir lieu à la demande d'un époux. De là les causes éthico-juridiques de la séparation ou du divorce.

La raison principale pour la dissolution du mariage consiste dans l'infidélité ou l'*adultère*, de quelque côté qu'il vienne. Ce motif a été reconnu dans la plupart des religions et des législations, bien qu'il ait été appliqué surtout à la faute commise par la femme. Sans doute l'infidélité de la femme, qui seule peut troubler les rapports du père aux enfants, atteste une plus grande dégradation morale; mais, au fond, tout adultère est une rupture de fait du mariage, et devrait avoir pour l'un et l'autre époux les mêmes conséquences. D'autres raisons encore peuvent justifier la dissolution du lien conjugal. Tels sont en général les actes qui portent atteinte à la personnalité physique ou morale d'un époux, par exemple les *attentats* contre la vie ou la santé, les *sévices* corporels, les *injures* graves, ou les actes qui violent une condition essentielle du mariage, comme l'*abandon* et le refus opiniâtre de ce qu'on a appelé improprement le devoir conjugal, en tant qu'il proviendrait d'une aversion invincible. De même, certains *crimes* commis par l'un des époux et entraînant une peine infamante peuvent être considérés comme une cause de dissolution, parce qu'ils abolissent une condition morale de la vie commune. Dans ces cas, presque toutes les législations ont admis la séparation des époux.

Une question plus controversée est celle de savoir si le mariage peut être dissous par *consentement mutuel*[1]. Ce motif,

[1] Savoie-Rollin, dans son rapport au tribunat, après avoir justifié la disposition du code qui admet le divorce pour *adultère*, pour *excès* et *sévices*, pour *injures graves*, pour *condamnation à une peine infamante*,

admis dans plusieurs législations modernes, est réprouvé surtout par ceux qui considèrent la dissolution du mariage par consentement mutuel comme une conséquence de la théorie repoussée par eux, qui fonde le mariage sur un contrat. Cependant c'est une erreur, et nous rencontrons ici une conséquence importante de notre manière d'envisager le contrat. De même que le contrat en général, comme simple forme, est toujours subordonné à des principes de droit, de même le contrat de mariage est une simple forme, subordonnée à la nature éthique de cette union. Le consentement mutuel, dans le contrat de mariage, ne fait que garantir l'existence des conditions juridiques de la société matrimoniale. De la

dit, en exposant la cause fondée sur le consentement mutuel: «Elle est la plus importante du projet de loi; il ne faut pas même se le dissimuler, toute la loi du divorce est là. Le recours aux causes déterminées ne sera jamais fréquent dans nos mœurs; elles ne sont pas bonnes, mais elles sont polies; on redoute très-peu les vices, mais on craint le ridicule à l'égal de la mort; ainsi la mauvaise honte, qui est la vertu des mœurs dépravées, empêchera toujours d'odieuses accusations; mais elle recherchera avec ardeur un moyen qui cache tous les maux et les guérisse sans publicité. Cette question mérite donc un sérieux examen.» «Dans le système du consentement mutuel, on a avoué d'abord qu'un contrat perpétuel par sa destination devait être à l'abri des dégoûts que de vains caprices enfantent, et qu'il fallait lui donner une force capable de résister aux orages fugitifs des passions; mais on a distingué ces fièvres accidentelles de l'imagination de ces antipathies sombres et profondes qui, nées d'une foule d'impressions successives, se sont lentement amassées autour du cœur dans le cours d'une union mal assortie; alors on a examiné l'indissolubilité du contrat; on n'a pas pu penser qu'elle fût assez absolue pour se transformer en un joug insecouable. On a trouvé naturel que le même consentement qui avait tissu le lien pût le défaire, consentement qui garantissait qu'aucune partie n'était lésée, puisqu'elle avait la puissance du refus. On s'est dit que si les bons mariages remplissaient la vie de bonheur, les mauvais étaient tout à la fois funestes aux époux obligés de les supporter, aux enfants qui en partageaient l'influence, à la société qui en redoutait l'exemple: aucun motif humain ne pouvait donc arrêter la loi civile qu'invoquaient conjointement des époux lassés de leurs fers. Les législateurs n'auraient pas compris l'étendue de leurs devoirs, si leurs lois ne savaient que contraindre et punir: entre ces deux points extrêmes, qu'ils sachent en placer de plus douces, qui prêtent un appui au malheur, ouvrent des ressources à la faiblesse et des asiles au repentir! Et quand même l'antipathie des époux serait due à des torts très-graves, ne faut-il pas encore les secourir, si ces torts, ensevelis dans l'intérieur de la vie domestique, sont dénués de témoignages étrangers? Quel sort réserveriez-vous donc à cette victime que vous voyez se dé-

même manière le consentement peut devenir une forme de dissolution, contenant la déclaration des époux que les conditions essentielles de la communauté n'existent plus. Le consentement réciproque n'est donc pas la *cause* du divorce, mais l'expression publique ou le témoignage extérieur de causes que les époux ne jugent pas convenable de divulguer: c'est une *forme* qui permet de couvrir aux yeux du public les motifs appartenant à la vie intime des époux et dont ils ont seuls à apprécier la gravité[1]. C'est pourquoi la législation, pour avoir l'assurance que le consentement mutuel n'est pas le produit d'une humeur passagère, mais de causes graves et persistantes, doit établir la condition d'un temps assez long entre la première déclaration des parties et la dissolution du mariage pour que les époux réfléchissent à loisir sur la gravité d'une rupture. Le terme doit être proportionné à l'état

battre dans un lien douloureux qu'elle ne peut ni briser ni souffrir? Songez que la main qui la frappe devait la protéger, que la bouche qui l'injurie lui devait des accents d'amour! Songez que de ce contrat qui l'unit encore à son bourreau, toutes les conditions ont été violées par lui et ne subsistent maintenant que contre elle. Une situation si violente et des maux si cruels appellent, malgré vous, le remède des lois.»

Portalis et Tronchet avaient été contraires au divorce par consentement mutuel; Napoléon l'avait fortement soutenu. «Deux individus, dit-il, qui se marient ont bien la volonté de cœur de s'unir pour la vie. Le mariage est bien indissoluble dans leur intention, parce qu'il est impossible alors que les causes de dissolution soient prévues. C'est donc dans ce sens que le mariage est indissoluble... Que ceux qui ne voient pas cette perpétuité dans l'intention, mais dans l'indissolubilité du mariage, me citent une religion sous l'empire de laquelle on n'ait pas cassé de mariages de princes ou de grands seigneurs, un siècle où cela ne soit pas arrivé... Il n'y a pas de mariage en cas d'impuissance. Le contrat est violé quand il y a adultère. Ce sont deux cas de divorce convenus... Les crimes sont des causes déterminées de divorce. Quand il n'y a pas de crime, c'est le consentement mutuel. Je crois ce système le meilleur.» Voir *Mémoires sur le consulat* par Thibaudeau, p. 443, et *Motifs, rapports et opinions des orateurs qui ont coopéré à la rédaction du code civil.*

[1] Napoléon, en se prononçant, dans le conseil d'État, pour le divorce par consentement mutuel, avait très-bien fait ressortir la différence qui existe entre ces deux manières de considérer le consentement. Le *premier consul* dit «que dans le système d'Emmery le consentement mutuel n'est pas la *cause* du divorce, mais un *signe* que le divorce est devenu nécessaire... Ce mode a l'avantage de dérober au public des motifs qu'on ne pourrait énoncer sans alarmer la pudeur.» V. *Motifs, rapports et opinions*, t. II, p. 163.

des personnes et des choses. Il faudrait donc une autorité qui jugeât non d'après des formes générales et invariables, mais d'après les circonstances du cas spécial. Cette autorité serait composée des plus proches parents, réunis en *conseil de famille* et appelés à donner un premier avis, que le juge aurait à prendre en considération.

Lorsqu'un mûr examen ou des actes évidents ont témoigné de la profonde désunion des cœurs, il faut que le divorce puisse avoir lieu. Maintenir plus longtemps l'union, ce serait soumettre les âmes à un supplice qu'aucun pouvoir n'a le droit de leur faire endurer; ce serait ou les jeter dans l'indifférence, comprimer tout élan, tarir les sources de la vie, qui ne se maintient que par une expansion et une attraction réciproques; ou ouvrir aux cœurs moins résignés les voies d'une perdition morale dont une législation injuste est la première source. Sans doute, dans une union aussi intime, chacun des époux doit être prêt à des actes de condescendance et à des sacrifices; mais il ne peut pas être obligé d'immoler le bien au mal, la vertu au vice. Le mariage est sacré, non par la forme, mais par tous les éléments divins et humains qui s'y réunissent. Il ne faut donc pas subordonner le fond à la forme, le but au moyen. Quand le but du mariage, la communion des cœurs, ne peut être accompli, il faut laisser rompre la forme, rendre la liberté aux âmes, et leur laisser la faculté de se joindre à d'autres avec lesquelles elles puissent vivre d'une vie conforme à la volonté divine et à la nature humaine.

Ces principes, puisés dans la nature morale du mariage, sont sans contredit applicables à l'état où les époux n'ont pas encore ou n'ont plus d'enfants. Mais l'existence d'enfants n'est-elle pas de nature à les modifier? Les enfants sont un *effet* du mariage; les époux en portent la responsabilité morale et juridique et ont envers eux des devoirs auxquels ils ne peuvent se soustraire sous aucun prétexte de liberté. Ces devoirs se résument dans l'éducation physique, intellectuelle

et morale. Or, la séparation des parents laissera nécessairement l'éducation morale en souffrance, parce qu'elle empêche que les enfants soient élevés dans cette atmosphère de bienveillance et d'affection qui est la première nourriture de leurs cœurs. Mais cette éducation se ferait plus difficilement encore dans une famille où les époux ne sont pas d'accord, où la désunion les porte même à des paroles et à des actes qui fourniraient aux enfants un funeste exemple. Dans de tels cas, la séparation, bien qu'elle soit toujours un malheur, est à désirer pour le bien de tous. Du reste, les devoirs et les sentiments nouveaux qui résultent de la naissance d'enfants, sont les plus forts motifs qui puissent engager les parents à n'opérer une séparation qu'à la dernière extrémité.

Les époux séparés restent moralement et juridiquement libres de contracter mariage avec d'autres personnes. Les opinions religieuses peuvent déterminer un époux à ne pas faire usage de cette liberté, mais la loi ne doit à cet égard établir aucune défense.

Le législateur doit donc permettre le divorce sans l'encourager. Sa mission consiste à entourer la séparation de difficultés assez grandes, pour en retarder la demande, sans néanmoins provoquer, par trop de sévérité, des relations immorales entre les sexes, et sans blesser la personnalité morale d'un époux. La législation doit tendre à ce que la pensée de la séparation ne naisse pas légèrement et ne puisse pas être facilement mise à exécution; il faut qu'elle serve d'avertissement aux époux, en les sollicitant à s'accorder dans leurs habitudes et dans leurs caractères.

Du reste, comme le divorce n'est qu'une nécessité sociale qui résulte soit d'un erreur ou d'un mécompte sur la personne, soit des vices contractés par un époux, il deviendra moins fréquent à mesure que l'homme et l'humanité avanceront dans leur développement intellectuel, affectif et moral. Loin d'admettre que les unions de deux personnes pour toute la vie soient contraires à la nature humaine et doivent disparaître

dans l'avenir, il faut plutôt soutenir que la culture plus complète de la femme aussi bien que de l'homme dans toutes leurs facultés établira entre deux individualités plus richement développées plus de points de contact, d'ou naîtra une communauté plus intime et plus durable. Une union pour toute la vie est l'idéal général vers lequel doit tendre le perfectionnement social; mais cette union ne peut être imposée par les lois; elle doit être le produit de la liberté et de la culture morale des hommes.

§ 101.

DES DROITS ET DES OBLIGATIONS RÉCIPROQUES ENTRE LES PARENTS ET LES ENFANTS.

Les rapports entre parents et enfants revêtent essentiellement un caractère moral et juridique. La naissance d'un enfant établit le lien sacré de la *famille*. L'enfant fait éclore dans le cœur des époux les sentiments jusqu'alors inconnus du plein dévouement, du sacrifice complet et continu envers la créature que Dieu a confiée à leurs soins. Les parents sont pour l'enfant la providence visible. Aussi ces rapports ont-ils une pureté divine; ils sont un reflet de l'amour de Dieu pour l'humanité; ils forment une face nouvelle de la moralité parce qu'ils sont une source de nouvelles vertus. A cet égard encore le mariage, destiné à s'élargir dans la famille, se présente comme une institution éminemment religieuse et morale.

Le rapport de droit qui existe entre les parents et les enfants est *réciproque*. Les uns et les autres ont des droits à faire valoir et des obligations à remplir. Les anciennes théories de droit naturel ont eu de la peine à comprendre la raison de ce rapport de droit; elle ne réside pas, comme une philosophie matérialiste l'a imaginé, dans un droit de propriété que les parents acquièrent sur les enfants, comme sur leur œuvre; elle ne se trouve pas non plus, comme d'autres l'ont supposé, dans une convention tacite entre parents et

enfants: elle découle encore moins, comme on l'a aussi supposé, d'un délit commis par les parents en donnant naissance à des êtres incapables de s'aider eux-mêmes, délit exigeant une réparation par les secours suffisants; la raison réside, indépendamment de la volonté qui n'en est pas la cause, dans l'*état* d'union matrimoniale et familiale, fondée dans la nature morale et physique de l'homme et obligeant les parents comme les plus proches à prendre soin de toute la personnalité de l'enfant; les parents et les enfants se doivent donc mutuellement aide et assistance. L'aide que les enfants ont à recevoir consiste particulièrement dans l'*éducation*, l'*entretien* et l'*alimentation*, mais les parents peuvent aussi, en cas de besoin, réclamer des *secours* de la part des enfants.

L'éducation est l'obligation principale des parents, et pour que l'éducation puisse se faire, ils ont droit, de la part des enfants, à l'*obéissance* et au *respect*.

L'éducation est l'œuvre commune des deux époux. Cependant, dans la première enfance, c'est surtout la mère qui est chargée du soin d'élever l'enfant, sous le rapport physique et intellectuel; car les femmes, jusqu'à un certain âge, savent mieux diriger le cœur de l'enfant que les hommes. Ce n'est que lorsque la réflexion et la raison commencent à se manifester avec plus d'énergie, que les enfants mâles doivent être confiés aux hommes.

Le *pouvoir* qui est inhérent au droit et à l'obligation de donner l'éducation, est partagé également par les deux époux: mais il est exercé dans la première enfance plutôt par la femme que par le mari. Il n'existe pas de *puissance* exclusivement *paternelle*: la puissance appartient à la fois au père et à la mère, et elle se fonde, non sur le fait purement physique de la génération, comme les anciens auteurs l'ont cru, mais sur l'obligation de prendre soin de toute la personne de l'enfant et principalement la fonction de l'éducation.

Les parents n'ont pas un pouvoir arbitraire sur l'éducation et l'instruction de leurs enfants. Ils ne sont pas libres de ne pas

les instruire du tout. L'instruction élémentaire doit être *obligatoire*[1] parce qu'elle initie aux premiers éléments du savoir qui sont les conditions nécessaires pour pouvoir jouir de tous les autres biens offerts par la société, pour mieux remplir tous les devoirs et faire un usage plus intelligent de tous les droits. Les parents doivent avoir le libre choix entre l'instruction publique ou privée, et l'État a seulement le droit de faire constater par des commissions d'examen qu'une instruction suffisante a été donnée. Les parents doivent toujours se rappeler que les enfants ne sont pas absolument leur propriété, qu'ils leur sont confiés par la Providence à charge de les faire profiter de tous les éléments de bien et de progrès offerts par le développement de la culture humaine.

Le pouvoir juridique du père et de la mère s'éteint, lorsque les enfants sont arrivés à l'âge où ils peuvent se guider par leur propre réflexion dans les principales circonstances de la vie. Les relations qui continuent à subsister entre eux, après cet âge, ont avant tout un caractère de liberté morale, que la loi ne peut changer en un caractère de droit. Les enfants doivent toujours à leurs parents la déférence et le respect; mais de là ne resulte pas pour les parents un pouvoir qui pourrait s'exercer arbitrairement jusque sur des enfants arrivés à l'âge mûr[2].

Les principes généraux du droit sur les rapports entre parents et enfants doivent aussi s'appliquer aux *enfants na-*

[1] Il est vraiment étrange que les États civilisés, par un faux respect de la liberté individuelle, c'est-à-dire de l'arbitraire des parents, n'aient pas encore sanctionné ce principe fondamental de toute société humaine. Cependant dans les derniers temps la question de l'instruction *obligatoire* a fait beaucoup de progrès en Belgique, en France, en Italie et même en Angleterre, et on peut maintenant déjà prévoir, qu'elle se décidera dans ces pays, comme elle a été résolue depuis longtemps en Allemagne (y compris l'Autriche) pour le bien de ses populations.

[2] M. Mittermaier dit, dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, t. VIII, p. 418: «On ne saurait approuver la disposition de l'art. 151 du code civil, lequel exige de la part des enfants majeurs jusqu'à l'âge de trente ans révolus un *soi-disant acte respectueux* qu'on pourrait plutôt qualifier d'*acte irrespectueux*, puisqu'il s'accomplit par l'intermédiaire d'un huissier, et que le fils envoie un exploit à son père,

turels. Nés d'unions que la morale réprouve, ces enfants supportent moralement les graves conséquences de la faute de leurs parents, quand ils sont privés de l'atmosphère bienfaisante de la vie familiale. Mais ils peuvent prétendre à tous les droits qui découlent de leur état civil, et ces droits doivent leur être garantis par l'État, sans préjudice pour la liberté morale. Sans doute, l'État ne peut pas contraindre les parents à réparer leur première faute, vis-à-vis des enfants, par un mariage subséquent; car cette union, alors même qu'elle serait possible, doit toujours être contractée librement; mais il doit assurer à tout enfant le droit de se faire reconnaître par ses parents, et à la mère de faire reconnaître son enfant par le père.

L'État ne peut donc sanctionner lui-même aucun moyen par lequel ce droit serait détruit[1]; et d'un autre côté, il doit ouvrir à l'enfant et à sa mère toutes les voies de droit pour obtenir du père la reconnaissance de leur état[2].

comme un créancier à son débiteur. Il y a bien plus de dignité dans la disposition du code hollandais, qui, dans un pareil cas, fait intervenir le ministère du juge.»

Le législateur doit songer aussi à garantir les enfants contre l'arbitraire ou les préjugés de leurs parents; en cas de refus injuste, le défaut de consentement des ascendants pourrait être suppléé par l'autorité judiciaire. C'est ce qui est prescrit par le droit allemand. Seulement, il est difficile de préciser quels sont les motifs de refus qui doivent être respectés.

[1] L'institution des tours, imaginée par une fausse philanthropie, n'est pas seulement immorale en elle-même est funeste aux enfants; elle est aussi contraire à un principe fondamental de la justice. L'enfant a droit à un état civil.

[2] «La recherche de la paternité est interdite.» Ce principe, formulé par le code français et adopté par plusieurs autres pays, a été inspiré par une fausse considération du scandale qui résulterait souvent de pareils procès, et par l'espoir qu'il exercerait une heureuse influence sur les mœurs, en rendant les femmes plus soigneuses de leur honneur; mais cette défense est une violation flagrante d'un principe de justice envers la mère comme envers l'enfant, car elle affranchit le père de l'obligation naturelle de pourvoir à la subsistance et à l'éducation de son enfant et à l'alimentation de la mère, aussi longtemps qu'elle se trouve hors d'état d'y pourvoir elle-même. Il est clair que les femmes *quæ corpore quæstum faciunt*, et les enfants qu'elles peuvent avoir, ne sauraient intenter un pareil procès, par suite de l'impossibilité de la preuve et de l'absence de toute présomption morale en faveur de la mère.

Les enfants reconnus peuvent ensuite prétendre à ce que les parents pourvoient à leur subsistance et à leur éducation, mais ils n'ont pas le droit de concourir avec les enfants légitimes à la succession maternelle et paternelle.

La *tutelle* a le même fondement et est régie par les mêmes principes que le pouvoir qu'exercent les parents sur les enfants; elle a son origine dans la nécessité de compléter l'éducation des enfants qui ont perdu leur père ou leur mère ou tous les deux, et qui ne sont pas encore parvenus au développement complet de leur raison. La tutelle appartient naturellement aux plus proches parents; mais le père et la mère peuvent aussi choisir les personnes qu'ils regardent comme les plus capables de remplir vis-à-vis de leurs enfants les fonctions de tuteur. En même temps la société est investie de la *tutelle suprême*, et l'État doit veiller à ce que les tuteurs particuliers s'acquittent bien de leurs fonctions. C'est au droit positif à régler en détail la manière dont la tutelle en général doit être conférée et exercée.

A la famille sont souvent attachés des *serviteurs* ou domestiques, dont les rapports avec les maîtres doivent être envisagés au double point de vue du droit et de la morale. Ces serviteurs, dont les vertus consistent dans l'obéissance, la fidélité et l'attachement, sont comme des aides ou des membres passagers de la famille. Les maîtres ont à s'acquitter

Mais toute femme qui ne s'est pas mise dans une position dégradante doit être admise à faire reconnaître son enfant. Aussi ce droit existe-t-il dans la plupart des législations de l'Europe et des États-Unis (à l'exception de la Louisiane), et la justice comme la moralité publique exigent qu'il soit de nouveau garanti par les législations qui l'ont aboli. La loi peut prendre quelques mesures qui empêchent des spéculations honteuses, en prescrivant, par exemple, à l'instar d'une loi anglaise de 1834, que la mère ne touche jamais rien de la somme à laquelle le père peut être condamné; mais le principe lui-même doit être respecté. Voir sur ce point un *Mémoire de M. Röder: Kritische Beiträge zur Vergleichung der deutschen und ausländischen Gesetzgebung über die aussereheliche Geschlechtsgemeinschaft*. L'auteur discute les principales questions qui concernent cette matière, et repousse le principe du code français comme contraire à la morale et à la justice.

envers eux non-seulement par des gages, mais aussi par le soin qu'ils prennent de leur culture intellectuelle et morale.

§ 102.

DE LA SUCCESSION TESTAMENTAIRE ET AB INTESTAT.

I. Du droit de succession.

La question de la succession, bien qu'elle se rattache à celle de la propriété, doit être résolue d'après les principes du droit de personnalité et du droit de famille, qui, dans cette matière, ont été généralement perdus de vue.

La question de savoir si la succession *testamentaire* et *ab intestat* est fondée en droit naturel, est résolue diversement par les auteurs anciens et modernes. Les écrivains du dix-septième siècle et leurs partisans du dix-huitième, tels que Hugo Grotius, Puffendorf, Barbeyrac, Wolff, admettent presque sans examen le droit de tester ainsi que la succession *ab intestat*, en considérant l'un comme une conséquence de la liberté de disposer de la propriété, et en basant l'autre sur la *volonté présumée* du défunt. Au contraire, la plupart des auteurs modernes, partisans des théories qui fondent le droit sur l'individualisme de la personnalité, tels que Kant lui-même, Fichte, Gros, Krug, Haus, Droste-Hulshoff, Rotteck et beaucoup d'autres, n'admettent aucune espèce de succession en droit naturel.

D'après eux il n'y a pas de succession testamentaire, parce que la mort éteint tous les droits de l'homme avec la volonté qui les crée et qui ne peut pas fixer la naissance d'un droit à partir d'un moment où elle-même a cessé d'exister: ils rejettent la succession *ab intestat*, parce que la communauté, quand même elle constituerait une communauté des biens, n'existerait que pour la durée de la vie. D'après ces auteurs les biens d'un défunt deviennent des biens vacants qui, selon les uns, tombent sous l'application du droit du

premier occupant, généralement le plus proche parent, ou, selon d'autres, échoient à l'État.

Ces opinions découlent de la conception individualiste et atomistique du droit. Examinées d'après la notion complète du droit, la question de la succession testamentaire et celle de la succession *ab intestat* reçoivent une solution différente.

Établissons d'abord les principes qui se rapportent à la fois *aux deux espèces de successions*.

Le droit qui règle tous les rapports selon les buts légitimes de l'homme et de toute association humaine doit aussi régler le droit concernant les biens en cas de mort, tant à l'égard de la famille dont le défunt a été membre, qu'à l'égard de la libre disposition qui doit rester à chacun par rapport à ses biens, même pour le cas de mort. Il y a donc à combiner dans le droit de succession deux points de vue comme deux buts également importants, celui de la famille qui prévaut dans la succession *ab intestat*, et celui de la personnalité libre qui prévaut dans le droit de tester et la succession testamentaire.

La succession *ab intestat* est justifiée par la nature et le but de la famille et par les devoirs qu'elle engendre. La famille se distingue de toute autre société en ce qu'elle n'établit pas un lien entre des membres ayant une position égale, mais qu'elle réunit les générations, les âges comme les sexes divers dans une communauté de vie, qui ne cesse pas par la mort de l'un de ses membres, mais se continue parmi les survivants jusqu'à ce qu'ils acquièrent une position distincte. Et encore le lien naturel et moral indépendant de toute volonté les retient tous dans une certaine communauté de devoirs et de droits. Or cette communauté comporte la communauté des biens (comme propriété collective, v. p. 151) qui est à présumer pendant le mariage même, quand il n'y a pas de conventions contraires, et à appliquer en cas de mort, pour autant qu'il n'y a pas de disposition testamentaire. Les enfants entrent en naissant dans cette communauté morale et de

biens, et quand l'un des membres vient à mourir sans testament, sa part échoit aux survivants soit d'après le contrat de mariage soit d'après les principes d'égalité appliqués aux parents et enfants, et à leurs descendants. A ces considérations générales, en quelque sorte ontologiques, s'ajoutent des raisons puissantes tirées de la vie intime de la famille. L'homme, doué de la faculté de sentiment et d'affection, tend naturellement à témoigner son affection par des moyens extérieurs, et les biens servent à cet égard de véhicule naturel. Aussi voyons-nous dans l'histoire que les peuples, même à un degré inférieur de culture, laissent transmettre aux proches parents des objets mobiliers qui ont été en quelque sorte imprégnés de la personnalité du défunt par le travail, et le désir d'acquérir pour les enfants, d'assurer leur sort, a toujours été un des plus forts stimulants dans la production des biens et considéré comme un devoir pour les parents. La succession *ab intestat* est donc encore fondée et sur l'affection, et généralement aussi sur le devoir que les parents ont à remplir envers les enfants. Sans doute cette succession fait parvenir dans beaucoup de cas des biens dans la main de ceux qui n'ont pas concouru à leur production et à leur conservation par leur propre travail, source principale de la propriété; et c'est pour cette raison que l'État a aussi le droit de les soumettre à des principes et à des mesures d'ordre général, et d'y apporter des restrictions; mais, comme il n'a pas le droit de détruire une affection fondamentale de la nature humaine et sa manifestation dans un domaine important, il doit toujours reconnaître le principe de la succession *ab intestat*.

Le *droit de tester* a été spécialement reconnu comme émanation du droit de personnalité. Nous avons vu qu'on va trop loin, en prétendant que la volonté ne peut avoir d'effet après la mort. De même que l'activité effective, morale ou physique de tout homme, dans quelque sphère subordonnée qu'il ait vécu, s'étend sans contredit par ses effets au-delà de la tombe, de même il n'y a pas de raison sociale qui s'oppose en droit à

ce que l'homme fasse pendant sa vie, en connaissance de cause, une disposition par rapport à des biens, sous la condition qu'elle commence à avoir ses *effets* à partir du moment de sa mort. C'est une affaire ayant sa causalité dans la volonté vivante, mais suspendue dans ses effets pour le cas de mort. L'argument décisif en faveur du droit de tester est fourni par la nature *rationnelle* et morale de l'homme qui, s'élevant par sa raison au-dessus du temps et de l'espace, liant le passé et le présent à l'avenir, se proposant et poursuivant des *buts* licites de bienfaisance, de gratitude, d'affection, qui s'étendent souvent au-delà de la vie, a aussi le droit d'affecter un ensemble de moyens à l'accomplissement de ces buts. Refuser à l'homme le droit de tester, c'est le traiter comme un être purement sensible, incapable de concevoir un but au-delà de cette vie, ou le faire agir d'après la maxime: après moi le déluge. Le droit de tester est sans doute exercé la plupart du temps en faveur de parents, d'amis, mais il a été aussi la cause de la création et du maintien des fondations de bienfaisance.

En dernier lieu, il convient de considérer le droit de succession dans ses rapports avec la religion et surtout avec l'idée de l'immortalité, dont il a été une manifestation chez les principaux peuples de culture. C'est le génie de Leibniz, qui, faisant jaillir de toutes les matières qu'il aborde de plus profondes vérités, ramène la cause du respect dont la volonté du défunt est entourée à l'immortalité de l'âme et à la persistance de sa volonté au-delà de cette vie[1]. Plus tard d'autres, comme Krause, Zachariæ, en France, Laferrière (Histoire du droit français) ont exprimé des opinions analogues. Une étude plus approfondie de l'histoire du droit a fait voir que chez les anciens

[1] Dans sa *Nova methodus jurisprudentiæ*, p. II, § 20, Leibniz dit: «Testamenta mero jure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis. Sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum; quod vero hæredes reliquerant concipiendi sunt procuratores in rem suam.» Gundling faisait à cette opinion, que nous n'adoptons pas dans la formule juridique, la singulière objection (v. sa *Dissert. de principis hered.*: «Non constat, utrum anima sit damnata an secus; quis autem damnatæ animæ voluntatem censeat exequendam?»

peuples, dans l'Inde, en Chine et surtout à Rome[1], le droit de succession fut constitué en premier lieu pour assurer le service des *sacra*, le culte des lares, des manes (de *manere*, demeurer présent) au foyer de la famille, et que le testament fut considéré à Rome comme la forme juridique pour assurer la permanence, l'immortalité, sinon de l'âme, du moins de la volonté[2]. Il est encore un fait digne de remarque, c'est que les peuples germains, qui primitivement ne connaissaient pas de testaments (*nullum testamentum*, comme dit Tacite) acquirent la connaissance des testaments par l'Église et pour un intérêt religieux (comme *Seelgeräthe*, c'est-à-dire pour le bien de la pauvre âme au moyen de dons faits à l'Église pour le cas de mort). Ces faits historiques viennent à l'appui d'une conception plus profonde du droit de succession qui établit toujours ainsi, au moins dans les testaments, un lien *personnel* immédiat entre le défunt et l'héritier testamentaire. Le respect de la dernière volonté ne s'explique réellement que par la foi en l'immortalité de l'âme, moins eu égard à une volonté arbitraire ou même perverse que les lois n'ont pas à respecter, qu'au *bien* que le testateur a voulu faire pour une personne ou pour une institution.

Quant au rapport historique entre la succession *ab intestat* et la succession testamentaire, la première est chez tous les peuples de culture la plus ancienne, parce qu'elle se fonde

[1] Dans les derniers temps, c'est principalement Lassalle (le philosophe socialiste, † 1864) qui, dans son ouvrage: *System der erworbenen Rechte* (système des droits acquis etc.), ouvrage dans lequel il veut prouver qu'il n'y a pas de droits acquis, que tous les droits ne sont que des moments fugitifs dans l'évolution dialectique de l'esprit universel (âme du monde), a mis en lumière (dans le second volume contenant une histoire du droit romain de succession) les rapports intimes de ce droit avec le culte des lares ou manes et avec les idées de la volonté immortelle.

[2] Quintilien *(Institutions)* parait exprimer à cet égard la pensée intime de l'esprit romain en disant: «Neque enim aliud videtur solatium mortis quam voluntas ultra mortem.» Ciceron (*Tusc. quæst.* I, c. 14) élargit encore la pensée en disant: «Quid procreatio liberorum, quid propagatio nominis, quid adoptiones filiorum, quid testamentorum diligentia, quid ipsa sepulcrorum monumenta, quid elogia significant, nisi nos futura etiam cogitare?

principalement sur le lien organique de *famille*, tandis que l'autre apparaît dans la vie des peuples quand la conscience de la *personnalité* s'est plus développée par le travail.

II. Du règlement social et politique du droit de succession.

Les successions, liées au système de la propriété, intéressent l'ordre social tout entier[1]; elles doivent donc être soumises à des principes de droit social qui, d'un côté, posent des limites à l'arbitraire individuel dans l'exercice du droit de tester, et qui, de l'autre, établissent le régime le plus juste de la succession *ab intestat* et investissent l'État du pouvoir de prendre toutes les mesures commandées par l'intérêt public.

I. Le *droit de tester* ne doit pas être exercé d'une manière arbitraire et sans restriction. En faisant la part du droit de personnalité et de liberté dont il est une émanation, il faut aussi tenir compte du lien de famille et faire respecter au testateur les obligations naturelles résultant du mariage et de la parenté. C'est en obéissant à ce principe de justice familiale que presque toutes les législations ont imposé au testateur l'obligation de laisser une part déterminée au conjoint survivant et aux enfants, et que la plupart d'entre elles l'ont aussi exigée, avec raison, en faveur des père et mère' quelques-unes même en faveur des frères et sœurs; dans ce dernier cas cependant, l'obligation naturelle est plus difficile à démontrer. Aux États-Unis, et pour certains biens aussi en Angleterre, la liberté des testaments est illimitée (sauf la réserve accordée à la femme) et dans les temps modernes on voit augmenter le nombre des auteurs qui donnent à ce système, surtout au point de vue économique, la préférence sur celui de la portion légitime *(legitima)*[2]. Mais, quoique cette portion

[1] V. Prem. divis., sect. II, liv. III, *Politique de la propriété.*
[2] C'est particulièrement M. Le Play qui dans sa *Réforme sociale* plaide pour le système américain contre le système français auquel il

à laisser aux enfants puisse être encore plus restreinte, il faut considérer le principe exclusif de disposition arbitraire comme incompatible avec les devoirs et les sentiments de la famille.

II. La *succession ab intestat* doit être réglée en général, non d'après la fiction de la volonté présumée, mais d'après l'ordre des devoirs réels que le défunt avait à remplir. Il faut donc appeler en premier lieu et au même titre le conjoint survivant et les descendants[1]. Parmi ceux-ci, tous les enfants, constituant le premier degré de parenté, succèdent à la fois et par portions égales; le droit d'aînesse ou le droit du puîné, ainsi que l'exclusion des filles, sont contraires aux principes de justice. Si des enfants prédécédés laissent eux-mêmes des enfants, ceux-ci doivent prendre, d'après le système de la *représentation*, la place de leurs père et mère. Les législations qui rejettent la représentation en tout ou en partie sont inspirées par un principe aristocratique et tendant à la concentration des fortunes.

A defaut d'un conjoint survivant et de descendants, il faut appeler au même titre, d'un côté les père et mère, de l'autre

reproche d'avoir dans une grande partie de la France, par suite des ventes et du morcellement qu'il entraîne, remplacé un grand nombre de propriétaires par des fermiers. M. Schäffle (*Das gesellschaftliche System der Wirthschaft*, 1867), approuve aussi le système américain comme une conséquence essentielle du principe du *selfgovernment* appliqué au chef de famille comme propriétaire. Dans un article de la *Revue des Deux Mondes* de Janvier 1866, on fait aussi valoir un point de vue moral, en disant: «Croit-on qu'un fils respecte mieux son père, s'il le regarde comme un débiteur forcé, que s'il n'en doit rien attendre et s'il lui est tout au plus permis d'espérer de la tendresse paternelle ce que la loi ne lui a pas donné; en Amérique le fils n'attend rien du père à moins qu'il ne l'ait mérité.» Sans répondre sous le point de vue économique, que précisément le droit de tester peut obvier à beaucoup d'inconvénients, résultant du partage égal dans la succession *ab intestat*, et que le système du partage devra trouver à l'avenir son meilleur correctif dans l'association agricole, nous devons rappeler que la famille est essentiellement basée sur un principe de communauté de devoirs et de droits, qui impose aussi certaines limites au droit de tester, limites qu'on pourra mieux fixer eu égard à diverses circonstances (par exemple si les enfants ont encore besoin d'éducation ou non) mais non pas abolir.

[1] On ne sait par quel étrange oubli le code français, qui part de l'affection présumée du défunt, a pu méconnaître ce droit du conjoint.

côté, les frères et sœurs. Les codes qui ne considèrent que la proximité de degré excluent les frères et sœurs qui sont au second degré, au profit des père et mère, qui sont au premier; mais il est plus juste d'admettre le concours de ces ascendants et collatéraux, conformément au concours des devoirs. Quand il n'y a que des ascendants de divers degrés, le plus proche doit hériter[1]; il convient seulement d'accorder une pension alimentaire à ceux qui se trouvent dans le besoin. Quant aux collatéraux, ceux qui sont, comme les frères et sœurs germains, parents par un double lien, doivent être avantagés sur les consanguins et les utérins: on peut établir ici, à l'instar du code français, deux masses, et donner aux germains une double part, tandis que les consanguins ne prennent part que dans la masse paternelle et les utérins dans la masse maternelle. Le système de la représentation doit être également adopté dans la succession collatérale.

Au delà du quatrième degré de parenté, la succession *ab intestat* ne peut plus être considérée comme étant de droit naturel, parce que les raisons principales qui la justifient cessent ici complétement.

Une question très-controversée est celle de savoir si les enfants naturels reconnus doivent être appelés à la succession. Les législations qui, comme l'ancien droit germanique, ont voulu, par des moyens indirects, fortifier le lien de la famille et empêcher les unions illégitimes, ont exclu ces enfants comme des bâtards. En effet ces enfants ne font pas partie de la communauté morale consacrée par le droit et ne peuvent pas concourir comme héritiers avec les enfants légitimes; toutefois ils ont droit à l'éducation et à une pension alimentaire.

III. Les mesures que l'État doit prendre, par rapport aux successions, dans un intérêt social et politique, ont été déjà

[1] Le code français fait ici deux masses, l'une pour les parents paternels, l'autre pour les parents maternels, et appelle le plus proche dans chaque ligne.

indiquées dans la théorie de la propriété. Outre son devoir de veiller à ce que les dispositions testamentaires faites dans des vues d'utilité ou de charité publique, soient exécutées par des autorités spéciales, placées sous son contrôle, l'État a le droit d'imposer plus fortement les successions par l'établissement d'un *impôt progressif*. Les successions qui n'atteindraient pas un minimum, relatif au nombre des héritiers, seraient exemptes de toute charge; les autres seraient soumises à un impôt qui augmenterait en raison de la quantité de biens laissés et du degré de parenté.

L'État peut ensuite successivement réduire les degrés de successibilité jusqu'au quatrième degré, parce que les successions au delà de cette limite ne sont plus fondées en droit naturel. La part plus grande que l'État peut prendre aujourd'hui aux biens de succession peut aussi se justifier par les devoirs plus grands, non-seulement de protection, mais aussi d'instruction, qu'il a pris sur lui et dont il a déchargé en grande part les familles[1].

CHAPITRE III.

DU DROIT DE LA COMMUNE ET DE LA NATION.

---

§ 103.

Tout ce qui concerne la commune et la nation doit être développé dans un cours plus approfondi de droit public; nous nous bornerons à indiquer ici les principes généraux.

[1] On ne saurait cependant approuver la mesure proposée par M. Bluntschli dans l'article *Eigenthum* (propriété) du *Staatswörterbuch* et consistant à constituer des biens acquis par l'État au moyen de sa participation aux successions un fonds pour *faire doter par l'État*

I. De la *commune*. La commune est le second degré des sociétés fondamentales qui embrassent toutes les faces de la personnalité humaine. Elle n'est pas une simple circonscription territoriale pour un but politique, elle est au contraire une communauté de familles pour la poursuite de tous les buts essentiels de la vie; elle est donc à la fois une communauté pour le but civil et politique, pour le but religieux, pour le but économique de l'industrie, de l'agriculture, du commerce et de la consommation, et pour le but intellectuel de l'instruction. C'est par cette raison que la commune peut prendre un soin immédiat d'intérêts qui dépasseraient le but d'une institution purement civile.

Pour l'accomplissement de tous ces buts, la commune doit être envisagée à la fois sous le rapport du droit privé et du droit public. Au droit privé de la commune appartient tout ce qui dépend de sa liberté, de sa disposition propre, de son autonomie; au droit public, tout ce que l'État peut exiger d'elle pour le but public ou général. La ligne de démarcation entre le droit privé et le droit public peut varier selon les degrés de culture d'un peuple, de manière que tantôt le côté privé prédomine sur le côté public, tantôt celui-ci sur l'autre. Toutefois la bonne constitution de la commune exige que le principe de l'autonomie communale soit reconnu aussi largement que possible pour tous les buts essentiels de la vie. La commune doit donc toujours être appelée à concourir à l'accomplissement du but religieux selon l'esprit des diverses confessions, au choix des pasteurs, au règlement extérieur du culte, à la surveillance sur la gestion des biens de l'Église; elle doit participer ensuite à l'organisation et à l'entretien de l'instruction inférieure et moyenne, selon les besoins des populations, et soigner, au point de vue communal, les inté-

des familles pauvres. De pareils actes de bienfaisance individuelle dépassent entièrement le but de l'État qui n'a qu'à veiller aux intérêts généraux.

rée de l'industrie agricole et technique, du commerce et de la consommation.

La commune est de deux espèces, selon la prédominance du travail dans l'ordre économique de la nature ou dans l'ordre de l'esprit. La première s'organise dans toutes ses fonctions principalement pour le but de l'agriculture, et forme le premier degré de l'association agricole; la seconde a pour but de combiner les travaux multiples de l'industrie technique, du commerce et de l'intelligence. La constitution et l'administration des communes agricoles, auxquelles se joindront à l'avenir des villages industriels, et celle des villes, doivent varier d'après la prédominance de ces buts.

II. De la nation. La nation est une personne morale qui réunit les hommes par le lien de la race, de la communauté du langage et de la culture sociale. C'est la communauté de culture qui forme le lien le plus puissant. Car quant à la race, il n'y a plus de race pure depuis les migrations et les fusions si profondes des peuples, surtout de ceux qui appartiennent tous à la grande famille aryenne ou indo-européenne. Quant au langage, il peut être identique, comme par exemple entre l'Angleterre et les États-Unis, sans qu'il y ait le même sentiment de nationalité. C'est la conscience de *culture* commune, le sentiment de la solidarité dans la destinée qui constitue la force principale de cohésion dans une nation et devient une puissance qui attire à la fin les parties dispersées ou séparées.

L'homme est toujours membre d'une nation comme il est membre d'une famille, et il en ressent l'influence mystérieuse dans toute sa manière de penser, de sentir, d'agir et de parler. Chacun tient aussi à sa nation comme à sa famille, non pas par des considérations intéressées, mais par des affections qui naissent de la source intime de la personnalité. C'est pourquoi le sentiment de nationalité est sacré et demande à être protégé par le droit dans tout l'État. La justice exige que la nationalité soit respectée dans tous les domaines où

se manifeste la vie du peuple, dans la langue, dans la littérature, dans la prédication, comme dans les tribunaux.

Mais la nationalité doit-elle être en même temps le principe exclusif de délimitation pour les États? En d'autres termes, tous les États doivent-ils être nécessairement nationaux? Nous pensons qu'il ne faut pas envisager cette question, dans laquelle de graves erreurs se mêlent parfois à de grandes vérités, à un point de vue abstrait, mais, avant tout, eu égard au but supérieur que la Providence poursuit dans l'histoire de l'humanité. Les nations doivent avoir une vie propre, mais, étant membres particuliers du grand organisme de l'humanité, elles sont évidemment destinées à une union de plus en plus intime; cette union ne peut s'accomplir politiquement que par une confédération, dans laquelle doivent entrer tout d'abord des peuples civilisés, notamment ceux qui appartiennent à la même race, comme les peuples romans, les peuples germaniques et les peuples slaves. Or, cette confédération, qui est encore assez éloignée, se prépare, par divers moyens, parmi lesquels un des plus importants paraît précisément consister en ce que tous les grands États ne soient pas purement nationaux, mais réunissent aussi quelques branches d'une autre nationalité, qui forment en quelque sorte les anneaux par lesquels les grandes nationalités s'entrelacent politiquement. Ce mode de réunion est sans doute susceptible de changements; il n'en est pas moins un fait considérable, dont l'historien et l'homme politique chercheront à pénétrer le sens et qu'ils apprécieront, non d'après quelques principes abstraits, mais d'après tous les rapports de droit et de civilisation créés par la fusion des peuples. Toutefois, c'est par la confédération même des États civilisés que les justes intérêts de nationalité et d'humanité, de culture politique et de progrès civils, pourront être le mieux satisfaits. La confédération doit être établie d'abord sur des bases très-larges, afin de laisser la plus grande autonomie possible aux membres qui la composent pour leur constitution et administration intérieure.

III. L'*humanité* est le dernier terme du développement des personnes morales qui embrassent tous les buts de la nature humaine: c'est la personne morale qui s'étend sur le globe entier, dont toutes les races, toutes les nationalités, toutes les familles, tous les individus sont les membres particuliers. L'humanité a des droits qui doivent être respectés dans toutes les sphères subordonnées, dans la vie individuelle et familiale comme dans les relations internationales de paix et de guerre. Le véritable progrès se mesure partout d'après le degré dans lequel les droits d'humanité sont reconnus et entourés de garanties formelles. Une association humanitaire dans laquelle les États conserveraient leur indépendance relative, et par laquelle le principe de nationalité se trouverait combiné avec le cosmopolitisme, est l'idéal du mouvement politique des peuples.

LIVRE DEUXIÈME.

DU DROIT PUBLIC DE L'ÉTAT.

PREMIÈRE DIVISION.

DOCTRINE GÉNÉRALE DE L'ÉTAT ET DE SES RAPPORTS AVEC L'ORDRE SOCIAL.

---

§ 104.

NOTION ET DIVISION DU DROIT PUBLIC DE L'ÉTAT.

L'État est l'ordre général du droit, embrassant toutes les sphères sociales et tous leurs rapports, en tant qu'ils présentent un côté à règler d'après les principes généraux du droit. L'État est donc dans l'organisme social général cet organisme spécial, dont le but et la sphère d'action sont tracées par l'idée de droit qui doit recevoir par lui une application de plus en plus parfaite.

Dans l'État il y a lieu de distinguer deux domaines de droit, celui du droit privé et celui du droit public. Nous avons fait

voir (t. I, p. 276), que cette distinction, pour être juste, ne doit être une division ni de personnes, ni de matières, qui toutes présentent à la fois un côté privé et un côté public, qu'elle doit être faite seulement selon la prédominance, soit du but et de l'intérêt particulier, privé, soit du but commun, public. Ordinairement on entend par État seulement l'ensemble des pouvoirs publics; mais, de même que le droit privé n'est pas isolé du droit public, dont il porte plus ou moins l'empreinte, de même il est aussi compris comme une partie dans le droit général de l'État, qui se divise en droit public et droit privé.

Cependant l'État n'a pas seulement à réaliser le droit pour les autres sphères de vie; étant lui-même un ordre spécial, il peut réclamer pour lui-même un droit consistant dans l'ensemble des conditions nécessaires pour son existence et son développement propres. Ce droit est le *Droit d'État* (t. I, p. 289); il est à la fois un droit formel d'organisation, résidant dans les formes de *constitution* et d'*administration* d'un État, et un droit matériel, concernant le *patrimoine* propre de l'État (comme Fisc), et les prestations d'impôts qu'il peut réclamer pour son existence et pour l'exercice de ses pouvoirs ou fonctions.

L'État, après avoir été compris dans son propre but et droit, doit être considéré dans ses rapports de droit public avec tous les ordres de vie et de culture, parce que le but final de l'État n'est pas en lui-même, mais dans la culture sociale.

La science du droit public de l'État se divise ainsi en trois parties, dont la première traitera de l'origine, du but, des pouvoirs de l'État, etc., la deuxième du droit d'organisation de l'État dans la constitution et l'administration, et la troisième des rapports de l'État avec tous les ordres de vie et de culture.

La science du droit public peut enfin être considérée à l'instar de la science du droit en général (t. I, § 2) sous le point de

vue *philosophique*, sous le point de vue de l'*expérience* (de l'histoire, de la statistique et des sciences positives), et sous le point de vue *politique*. On entend souvent par politique toute la science de l'État. Cependant déjà dans l'antiquité, Platon, en concevant un idéal très-élevé de l'État, avait senti le besoin de développer une doctrine intermédiaire (dans les «lois»), qui, en tenant compte des imperfections de la vie réelle, devait indiquer les institutions et les lois propres à réformer l'État présent et à le faire approcher successivement de l'État idéal. En effet la science politique a cette mission *intermédiaire* de préparer les transitions de la réalité à un état plus élevé, de maintenir par là la continuité dans le perfectionnement social; elle ne cherche pas à atteindre d'un seul bond le bien absolu, mais ce qui sous les conditions données est relativement le mieux. Pour la politique se présente souvent la mission de créer un droit nouveau dans les rapports intérieurs d'un État et dans les relations internationales, mais elle doit veiller d'un côté à ce que le droit nouveau s'établisse dans les justes formes du droit, par les mœurs et par les lois, qu'il soit l'expression de besoins véritables généralement sentis, et que partout où des formes ont été violées par une révolution ou une guerre, l'idée du droit se raffermisse dans la conscience morale et la vie régulière de la société. La politique est une science et un art d'accomplir par les forces et les moyens offerts par l'actualité ce qui est possible pour amener un état meilleur. La politique est moins une force créatrice qu'un art qui vient à l'aide de ce qui s'est préparé au sein de la société par toutes les forces qui y agissent spontanément et indépendamment de l'État; elle ne fait souvent qu'exécuter le jugement que la conscience éclairée et même l'enseignement de toute l'histoire a porté sur une institution ou sur un état social. La politique peut donc être définie la doctrine des principes et des moyens de la réforme successive de l'État et de tous les rapports de droit. Il y a une politique pour les matières

privées comme pour les institutions publiques, et, comme dans les parties précédentes, nous joindrons, là où cela nous paraîtra nécessaire, à l'exposition des principes philosophiques quelques considérations politiques.

CHAPITRE PREMIER.

---

§ 105.

DE L'ORIGINE DE L'ÉTAT ET DE SA RAISON D'EXISTENCE.

L'origine et la raison d'existence de l'État sont encore souvent confondues; elles se distinguent cependant en ce que la raison est le principe de droit en vertu duquel l'État existe, et en même temps la force créatrice ou l'origine interne de l'État, tandis que les modes divers par lesquels cette force se manifeste dans l'histoire constituent l'origine externe ou historique de l'État en général ou d'un État particulier. Les modes historiques de naissance de l'État ont cependant à se légitimer par la raison de droit.

I. La raison ou l'origine interne de l'État a été, sous un rapport important, bien comprise par Aristote (Pol. I c. § 9), quand il désignait l'homme comme un être politique de sa nature (« ἄνϑρωπος φύσει πολιτικὸν ζῶον »), en déclarant même qu'il fallait être ou Dieu ou animal (« ἢ ϑεός ἢ ϑηρίον »), pour pouvoir se passer de l'État (l. c. § 12). Avant lui, Platon avait saisi encore plus profondément le rapport intime entre l'homme et l'État, quand il avait conçu l'ordre de droit avant tout comme un ordre que chaque homme doit d'abord réaliser dans son état intérieur, dont la société est toujours plus ou moins un reflet. Par cette raison, Platon voyait dans chaque homme

un État en petit, comme dans la société l'homme en grand. La même opinion est professée par Krause, qui considère l'État comme l'état du droit *(Rechts-Zustand, status juris)*, établi dans un être moral, individuel ou collectif, et fait remarquer que l'homme est avant tout, dans son intérieur, législateur et juge, et qu'il exécute sans cesse les jugements qu'il a portés sur les rapports de vie interne et externe dont le règlement est laissé à son autonomie. Il n'y a aucun doute que l'État, dans les degrés supérieurs de la sociabilité, comme État de commune, de nation, sera toujours, dans son organisation et dans les forces et modes de son activité, le miroir de l'état intérieur et moral de ses membres, de l'état plus ou moins élevé de leur intelligence, des sentiments et des motifs dont ils sont inspirés dans leurs actions. Comme le Christ dit: le règne de Dieu est en vous; Platon et Krause disent: l'État, qui doit réaliser l'idée divine du droit, est originairement en vous, et du foyer interne de justice, fortifié sans cesse par vos bonnes et justes actions, doit rayonner la justice sur tout l'ordre social. Beaucoup d'auteurs se rapprochent de cette opinion en considérant la famille comme l'État primitif, de sorte qu'il ne reste qu'un pas à faire pour reconnaître dans la personnalité humaine elle-même les origines et les premiers états de tout ce qui se développe ensuite dans la vie sociale. Dans tous les cas, la source, la faculté, toute la disposition pour la vie d'État se trouve dans l'intérieur de l'homme, et c'est l'idée de justice qui, comme une force instinctive, pousse les hommes à mouler les divers genres de leur union dans une forme de droit. Car partout où des hommes vivent pour un but commun, ne fût-ce que dans la vie nomade, pour la chasse ou pour le pâturage, ils suivent dans leurs rapports certaines règles de droit et reconnaissent une autorité qui dirige et décide, au moins en première instance, des contestations entre les membres. Il n'y a donc pas eu un état de nature antérieur à tout état social ou politique; non-seulement la naissance,

mais surtout la longue enfance crée déjà dans le genre humain des rapports plus durables, et c'est dans la famille que les hommes apprennent à se soumettre à une première autorité sociale dans un ordre commun. Au-delà de la famille, un état d'isolement a existé longtemps pour des cités comme pour des peuples, et c'est cet état qu'on peut appeler, quoique improprement, état de nature, qui a conduit, jusqu'à nos jours, en l'absence d'une autorité supérieure, aux brutalités de la guerre. Cependant, l'ordre divin et naturel pour l'homme est la société qui, de degré à degré, doit se developper jusqu'à embrasser toute l'humanité dans la fédération des nations.

L'idée du droit est donc la raison d'existence et la force de création de l'État, comme elle est aussi la puissance devant laquelle doivent se légitimer tous les modes historiques de naissance des États.

II. Les origines *historiques* des États peuvent être distinguées en deux espèces principales; tantôt l'origine est *éthico-juridique* et organique, quand un État particulier s'est développé dans le tout organique d'un peuple par la force interne de la progression des divers groupes de vie, de la famille, de la commune, de la tribu, etc.; tantôt l'origine se trouve dans des causes accidentelles, extérieures, particulières.

1° L'origine organique de l'État, comme d'un ordre social, se trouve, comme nous l'avons vu, dans la famille, qui, comme Aristote l'avait déjà remarqué, est régie monarchiquement (μοναρχεῖται γὰρ πᾶς οἶκος), et au sein de laquelle s'exercent visiblement les principaux pouvoirs de direction, de jugement et d'exécution. Les familles se réunissent en gent; l'État romain était fondé primitivement sur les gents, et conserva longtemps ce caractère. Les gents se réunissent en tribu; c'est l'État de tribu qui a longtemps prédominé dans la vie des peuples. Les diverses tribus, qui se réunissent ensuite en groupes supérieurs, forment la nation. Cette loi de développement fait reconnaître l'importante vérité que l'État

d'une nation est un état composé, une fédération ou un système d'États, ou, comme on dit aussi, un État d'états *(Staaten-Staat)*. L'absolutisme moderne, soutenu et continué par les doctrines qui poussaient à l'unité aux dépens de la liberté, est parvenu à effacer, dans la conscience publique, tout souvenir historique et toute conception organique de l'État. Ce mouvement politique absolutiste a été poussé à l'excès, tant par la monarchie que par la démocratie (convention nationale), qui se sont accouplées pour la première fois dans l'impérialisme napoléonien, et qui, partout où une pareille combinaison se renouvelle, doivent faire comprendre plus clairement aux amis de la liberté que la liberté ne se fonde pas par quelques lois générales abstraites, mais par des institutions organiques, par la reconstitution des foyers intérieurs de vie et d'action dans les organes naturels des communes et des provinces, brisés par la grande machine administrative, pour absorber toutes les forces dans la centralisation. Cette machine a introduit au fond la torture dans la vie politique des peuples, et elle l'a aussi maniée avec tant d'art, que ces peuples auront besoin d'un long temps pour se remettre dans le juste usage de leurs membres, et pour se mouvoir par leurs propres forces. La juste conception organique de l'État et de son origine peut contribuer à faire comprendre et à établir les vrais rapports entre le pouvoir central et les États-membres, rapports susceptibles d'être plus ou moins fortement constitués selon le génie d'un peuple, soit du côté du pouvoir central, soit du côté des membres intérieurs, mais exigeant toujours une communication incessante de vie et d'action entre ces deux parties. Le développement historique ultérieur portera les nations à former entre elles-mêmes une union politique supérieure, d'abord, peut-être pour des siècles, dans la forme plus relâchée d'une confédération d'États nationaux, ensuite dans la forme plus ou moins forte et intime de la fédération ou de l'État fédératif des nations. Une telle confédération est commandée par

tous les intérêts de paix et de culture pour les peuples civilisés de l'Europe et de l'Amérique.

Le développement organique des États, que nous venons d'indiquer, peut s'accomplir dans les deux formes juridiques, soit successivement par les *mœurs* ou coutumes, soit par des *contrats*. La dernière forme intervient généralement quand le développement dépasse la vie de la commune, mais elle ne sert guère alors qu'à imprimer, dans une forme déclarative, le cachet juridique à tous les rapports qui se sont déjà établis auparavant. Un tel contrat politique, conséquence d'un développement antérieur, doit être bien distingué du contrat social imaginé par les écoles, partant de la fiction d'un état de nature, à l'effet de reconstruire à neuf tout l'ordre social.

La théorie du contrat politique, dans son vrai sens, ne manque pas absolument de tout fondement historique, comme ses adversaires l'ont souvent soutenu. Le contrat politique apparaît au contraire souvent dans le développement politique des peuples. L'État de Rome est fondé sur un contrat *(communis reipublicæ sponsio)* entre les Sabins, Latins et Étrusques; les confédérations se fondent toujours par un contrat (l'ancienne union suisse et américaine; il en est de même des fédérations nouvelles des États-Unis, de 1787, et de la Suisse, de 1848; et, sous l'égide de la fédération des États-Unis, de nouveaux États, par exemple la Californie, se forment sans cesse par agrégation moléculaire, en s'élevant de la forme de *territoire* administré par le gouvernement central à la forme d'État, qui, par convention, établit sa constitution et son administration. De plus, la forme de contrat n'est nullement à considérer comme un mode juridique par lequel les rapports qu'il règle soient rabaissés; cette forme est en elle-même une expression et une garantie de la libre volonté dans tous les rapports où elle a le droit de se faire valoir, et par conséquent aussi dans un domaine aussi important pour l'action libre du peuple que celui de l'État. La grave erreur inhérente à la théorie, telle que Rousseau l'a établie (t. I, p. 34),

provient de la fausse opinion qu'on attache à la notion du contrat, de ce qu'on détache d'un côté le contrat de ses liens organiques avec les mœurs et avec toute la culture précédente d'un peuple, en s'imaginant pouvoir construire à neuf un État, d'après quelques principes abstraits, et que, d'un autre côté, on confond le contrat, qui est seulement un mode ou une *forme* de naissance d'un État ou d'une organisation politique, avec l'idée et la *raison* d'existence de l'État, c'est-à-dire avec les principes objectifs de droit, qui doivent former les règles pour le consentement libre et intelligent de ses membres. La volonté, qui n'est qu'un pouvoir subjectif d'exécution, est prise alors comme la raison objective du droit et des lois; et comme un contrat ne lie que ceux qui l'ont formé et qu'il ne peut pas faire loi pour les générations suivantes, il s'ensuit que l'État, dans toute sa constitution et ses lois, est sans cesse remis en question, qu'on n'admet rien de stable, pas de droits acquis *(jura quæsita, jura singulorum)*, pas d'intérêts assurés, qu'il n'y a pas de protection des minorités contre les majorités. Quand l'arbitraire tend ainsi à se constituer en permanence, la société, menacée dans tous ses intérêts d'ordre, accepte souvent, comme un moyen de salut, un coup d'État par lequel le pouvoir arbitraire d'un seul se met à la place de l'arbitraire des masses, assumant sur lui un peu plus de responsabilité, mais également pernicieux pour l'ordre et pour la liberté. La théorie du contrat politique renferme bien la vérité essentielle que tout ordre social doit reposer sur la libre coopération de ses membres, mais elle a tort d'ériger la volonté en principe du droit, de mettre à la place d'une idée divine une idole humaine. Les hommes et les peuples brisent facilement les idoles qu'ils ont fabriquées eux-mêmes; aussi l'ordre social, pour être respecté et réformé en continuité organique, doit-il être compris dans son fondement divin et dans ses rapports organiques avec toutes les conditions du developpement humain. Au-dessus du pouvoir de

leur volonté, les hommes et les peuples sont tenus à reconnaître le devoir qu'ils ont à remplir dans l'ordre politique pour tous les buts de la culture.

Cette croissance organique de l'État ne s'est cependant opérée chez aucun peuple complétement, paisiblement; au-delà de l'état des communes, qui restent fixées au sol, il y a beaucoup de causes accidentelles qui ont interrompu le développement régulier. Ces causes sont généralement des forces brutales; ce sont des révolutions et surtout des guerres qui ont, jusqu'à présent, changé sans cesse la forme des États et remanié la carte des nations. Les guerres naissent par des raisons analogues à celles qui provoquent les révolutions; elles sont des faits pathologiques amenés, dans les temps modernes, généralement par des états intérieurs ou internationaux, dans lesquels des vices se sont accumulés sans avoir reçu un traitement dicté par une juste appréciation du mal et la ferme volonté d'y porter remède. Les guerres comme les révolutions restent toujours un mal, à tel point qu'elles infectent d'un vice originel toutes les configurations d'États qui en sont le produit. Car, d'après une loi de l'ordre moral comme de l'ordre physique, une chose se conserve par les mêmes principes qui lui donnent naissance. Le succès de forces brutales nourrit l'esprit de violence et de domination, fait chercher les moyens de conservation du nouvel ordre établi dans l'accroissement et l'emploi de ces forces. La stabilité de l'ordre n'y gagne pas ce que la liberté y perd généralement. La guerre profite souvent plus au vaincu qu'au vainqueur, quand elle fait scruter les causes d'un désastre et y porter des remèdes efficaces (comme, en 1806, à la Prusse; en 1866, à ce qu'il paraît, à l'Autriche). Les révolutions et les guerres dépassent généralement le but tel qu'il était indiqué par les besoins réels de réforme. Toutefois tous les vices originaires d'une constitution ou d'un État peuvent être vaincus par l'action continue des forces saines d'une nation. Au point de vue du droit formel, un vice d'origine est levé, quant aux changements intérieurs

d'un État, quand un peuple y donne son consentement par ses représentants ou par les élections, auxquelles il procède sans protestation; quant aux changements internationaux, le vice inhérent à la force brutale est levé par la conclusion de la paix avec le vaincu et la reconnaissance des autres États. Ces légitimités constituent alors le droit nouveau, devant lequel cèdent les légitimités précédentes, quoique le droit nouveau formel doive ensuite, pour acquérir un fondement solide, jeter ses racines dans la conscience et les mœurs, en donnant satisfaction à tous les besoins de culture d'un peuple. En droit public, il faut donc repousser la règle valable en droit privé: *quod initio vitiosum est*, *per lapsum temporis sanari non potest*, car l'État, base de tous les rapports de droit, institution permanente d'une action incessante, ne peut rester un seul moment une question en suspens. Nous voyons ainsi que, pour l'État, la raison d'existence, qui réside dans l'idée éternelle, permanente du droit, pénétrant, saturant en quelque sorte tous les rapports, doit l'emporter sur tout mode particulier de naissance à un temps déterminé.

2° En dehors de la théorie que nous venons d'établir, il y en a d'autres qui confondent l'origine historique et la raison de l'État, ou en dénaturent le vrai caractère; telles sont: la théorie *théocratique* ou plutôt *clérocratique*, soumettant l'État à la direction d'une classe qui a la prétention d'être l'organe spécial de la divinité; la théorie *patriarcale*, qui veut maintenir le type inférieur de famille pour les degrés supérieurs de l'État national; la théorie *patrimoniale*, qui confond le droit privé avec le droit public, en présentant le pouvoir public comme une propriété de famille, et la théorie du *droit de plus fort*, qui érige en principe créateur de l'État soit la force ou supériorité intellectuelle, même la ruse et le mépris de tous les principes moraux, soit la force matérielle unie ordinairement à la grandeur immorale, théorie professée dans l'antiquité par les sophistes, par beaucoup de conqué-

rants, par Haller (dans sa soi-disant « *Restauration des sciences politiques* », 1820, trad. franç.), théorie glorifiée encore de nos jours, mais ayant souvent fini dans la pratique par faire éclater la vérité, le triomphe du droit.

Pour l'antiquité, on peut aussi soulever la question de savoir comment les États finissent, et nous avons vu que la cause principale de leur décadence résidait dans le polythéisme qui ne leur permettait pas de s'élever à une vraie et pleine culture humaine. Le christianisme, au contraire, paraît avoir communiqué à tous les peuples qui l'ont embrassé la force d'un perfectionnement continu et indéfini.

CHAPITRE II.

DU BUT DE L'ÉTAT [1].

---

§ 106.

RÉFLEXIONS PRÉLIMINAIRES ET APERÇU HISTORIQUE.

Le mouvement moderne ayant placé, à la suite de la réforme religieuse, l'État sur l'avant-scène, comme le point de ralliement de toutes les forces nouvelles, devait naturellement

[1] C'est seulement dans les derniers temps que ces recherches ont été instituées en France et en Angleterre, dans ce dernier pays par M. J.-St. Mill, dans ses *Principes d'économie politique*, trad. franç., 1854, et dans son ouvrage *La liberté*, trad. franç. par M. Dupont-White, 1860; en France, par M. Alfred Darimon, *Exposition des principes de l'organisation sociale; théorie de Krause*, Paris 1849 (comprenant un résumé de notre Cours de droit naturel, 1re édit.); également d'après la doctrine de Krause, par M. Pascal-Duprat, *de l'État, sa place et son rôle dans la vie des sociétés*, Bruxelles, 1852; par M. Ducpetiaux (qui s'appuie également sur quelques principes fondamentaux exposés dans notre Cours), *Mission de l'État, ses règles et ses limites*,

amener des recherches plus approfondies sur le but comme sur l'origine de cette institution. Aussi voyons-nous que depuis Hugo Grotius, le restaurateur de la science du droit naturel, jusqu'à nos jours, de nombreuses théories ont été développées, présentant chacune un nouveau point de vue plus ou moins important, et susceptibles d'être réunies toutes dans la vérité synthétique d'une doctrine supérieure. Il est cependant à remarquer que la France et l'Angleterre n'ont guère pris part à ces recherches. En France, Rousseau avait tiré les conséquences pratiques extrêmes de la théorie du contrat politique ou social, dans laquelle l'ordre politique avait été identifié avec tout l'ordre social, et par cette confusion il avait imprimé aux esprits en France, ou du moins fortifié à un haut degré la tendance continuée presque jusqu'à nos jours, qui concentre toutes les forces du mouvement social dans les mains du pouvoir politique. En Angleterre, au contraire, où, depuis l'avénement de Guillaume III, en 1689, un développement constitutionnel régulier succéda aux guerres et aux troubles intérieurs, l'esprit national, peu soucieux de problèmes généraux, dirigeait ses soins et ses efforts principalement en vue de maintenir l'action de l'État dans d'étroites limites, pour élargir d'autant plus le domaine de la liberté individuelle et du *self-government.* Cependant ces vues opposées en France et en Angleterre ont, d'un côté, trop étendu et, d'un autre côté, trop retréci le domaine d'action de l'État. En Allemagne, les théories ont plusieurs fois flotté entre les extrêmes, quoique le sens pratique ait généralement trouvé une route intermédiaire. A notre époque, cependant, se pré-

Bruxelles, 1861; des idées importantes sur cette matière ont été aussi exposées par M. Jules Simon, dans l'ouvrage: *La liberté* (2e édit., 1859); par M. Odilon Barrot, dans sa brochure: *De la centralisation et de ses effets;* par M. Ch. de Rémusat, dans un article de la *Revue des Deux Mondes* du 15 août 1860; par M. Éd. Laboulaye, dans un article *(L'État et ses limites)* de la *Revue nationale* de nov. 1860. Il a été aussi traduit en français un ouvrage posthume de Guillaume de Humboldt, *Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen* (essai pour déterminer les limites de l'État), 1851.

sentent à la fois dans tous les États civilisés tant de problèmes importants concernant les rapports de l'État avec les confessions religieuses, avec l'instruction et avec les domaines économiques, que le besoin se fait généralement sentir de partir de vues d'ensemble, de principes généraux propres à saisir complétement une matière et à la frapper du juste coin. Ce besoin ne peut être satisfait que par de sévères recherches méthodiques sur le but de l'État, inspirées par la conviction qu'il y a des principes précis dans l'ordre moral comme dans l'ordre physique, et que les principes bien compris règlent aussi dans l'ordre moral et coordonnent le mieux tous les faits de l'expérience.[1]

Les théories principales établies sur le but de l'État peuvent se distinguer, au point de vue logique et historique, en trois grandes catégories, comprenant la théorie d'*unité*, les théories *partielles* et la doctrine *harmonique*.

La première catégorie comprend les doctrines d'unité et d'identité, par lesquelles le but de l'État est plus ou moins confondu avec le but de l'ordre social en général, doctrines qui caractérisent l'antiquité, dans laquelle l'État, comme ordre politique, est absorbé dans tout l'ordre social et dominé par la religion, comme dans l'Orient, ou absorbe de son côté l'homme et la société, comme en Grèce et à Rome. Cette conception a reçu sa formule scientifique la plus élevée dans la doctrine de Platon, qui veut organiser l'État idéal comme une institution d'éducation et d'élévation progressive de l'homme vers tout ce qui est divin par le règne des idées divines organisé dans la société. Aristote, tout en maintenant la conception antique, commence à distinguer un but direct de l'État, consistant dans le maintien de la justice, et un but indirect, placé dans le bonheur (εὖ ζῆν). Cicéron réunit ces deux buts par une juxtaposition extérieure, en disant

[1] En France, ce sont, comme nous l'avons fait remarquer (t. I, p. 85), les doctrines socialistes qui ont fait sentir le besoin de recherches plus approfondies sur la nature et le but de l'État.

(de rep. I, c. 25): *Est igitur... res publica res populi; populus autem non omnis hominum cœtus quoquo modo congregatus, sed cœtus multitudinis juris consensu et utilitatis communione sociatus.* L'antiquité avait ainsi commencé par distinguer deux buts principaux qui, depuis le christianisme, ont été diversement opposés et combinés.

La deuxième catégorie comprend les théories partielles qui assignent à l'État un ou plusieurs buts particuliers. Il y a à considérer l'époque du moyen-âge et celle des temps modernes.

Le christianisme avait distingué nettement dans l'homme l'esprit et le corps, la vie éternelle et la vie temporelle, un but au-delà de cette vie et un but terrestre. Le moyen-âge commença par transformer cette distinction en une fausse opposition, en distribuant ces buts isolément, l'un à l'Église, l'autre à l'État, et en ouvrant par là la lutte qui finit par la victoire de l'ordre politique sur l'Église qui, infidèle à son institution, avait perdu de vue, pour les buts terrestres de domination et de possession, les biens spirituels et moraux de la vie.

L'époque moderne renouvelant, sous une forme modérée, la conception antique de l'État, fait naître, dans un ordre régulier de développement, les théories suivantes. D'abord Hugo Grotius commence par où l'antiquité avait fini, en assignant, comme Cicéron, et presque dans les mêmes termes, à l'État les deux buts de droit et de l'utilité commune (*de jure bell. ac pac.*, I, c. 1, § 17): *Est autem civitas cœtus perfectus liberorum hominum, juris fruendi et communis utilitatis causa sociatus.* Après Hugo Grotius, ces deux buts sont à plusieurs reprises distingués et réunis. D'abord Thomasius, en formulant une distinction radicale entre le droit et la morale, assigne le premier comme but de l'État, détache de l'action juridique et politique tout ce qui est du domaine de la conscience morale et religieuse, et établit de cette manière la première séparation entre l'ordre de droit et le reste de l'ordre social. Cependant, presqu'en même temps, Leibniz

avait assigné à l'État comme but suprême le *perfectionnement* social, en négligeant cependant de préciser la manière dont l'État devait l'opérer. Son successeur Wolf, tout en cherchant à mieux déterminer le principe du droit, maintenait ce but général et principal, en le présentant seulement dans la forme plus eudémonique du *bonheur*, de la félicité, du bien ou *salut* commun et public; c'est lui qui, en provoquant une ingérence universelle de l'État dans toutes les affaires, dans tous les domaines de la vie, pour le bonheur général de ses membres, construit le modèle d'un État de police, s'approchant beaucoup de l'État chinois, pour lequel Wolf avait une affection particulière. C'est cependant cette doctrine qui trouva une grande propagation et l'accueil le plus favorable en Europe. La réaction fut opérée par Kant qui, en plaçant le but de l'État uniquement dans la réalisation du droit dans le sens étroit dans lequel il l'avait compris, insistait sur ce point capital, que l'État n'avait nullement à s'occuper du bonheur de ses membres, qu'il devait au contraire laisser au libre choix de chacun de rechercher ce qu'il regarderait comme son bonheur. La pensée que Frédéric II avait déjà formulée pour les confessions, en disant que «dans ses États, chacun était libre de chercher *à sa façon* son salut éternel», fut ainsi généralisé par Kant, d'après des principes nettement établis. L'État fut dès lors compris comme une institution, non pour le salut éternel ou temporel, mais pour le droit garantissant à tous la liberté et rien que la liberté, dont chacun avait à faire un usage compatible avec la liberté de tous et selon les vues morales dans lesquelles chacun devait s'affermir librement dans sa conscience. La théorie de Kant sur le but de l'État conduisait ainsi à la première conception de l'État comme institution ou comme *État de droit (Rechts-Staat)*, que l'Angleterre avait en grande partie réalisée dans la pratique, qu'Adam Smith, avec lequel Kant a été mis en parallèle, avait établie au point de vue de la liberté du travail, et que les États-Unis réalisaient encore plus compléte-

ment dans toute leur constitution. Cependant la théorie de Kant allait bien au-delà de toute réalité, car même les États-Unis, où les États particuliers prennent un si grand soin de l'instruction publique, n'étaient pas allés aussi loin dans la limitation de l'action de l'État. La théorie de Kant ne répondait pas suffisamment aux exigences pratiques, et elle fut aussi reconnue, du point de vue philosophique, comme une théorie exclusive, abstraite, faisant abstraction de tous les buts de l'homme avec lesquels le droit doit être mis en rapport. Pour remédier à ce grave défaut, on songea à combiner de diverses manières les deux théories opposées du *droit* et du bonheur, ou mieux du *bien commun (Wohl, Gemeinwohl)*, en présentant le droit comme le premier but ou comme le but direct, immédiat; le bien commun, au contraire, comme le but secondaire ou indirect, sans préciser cependant le rapport dans lequel l'un, comme but moyen, se trouve avec l'autre, avec le but final. C'est cependant cette théorie de combinaison ou de syncrétisme extérieur ne déterminant en aucune manière par où commence et par où finit l'action de l'État, qui compte aujourd'hui encore le plus de partisans. Ce n'est que la doctrine de Hegel (t. I, p. 70) qui pendant quelque temps a troublé les cercles par lesquels on a voulu circonscrire l'action de l'État. Or, cette doctrine peut être considérée comme le point culminant de ce mouvement moderne qui commence par présenter l'État comme le pivot de l'ordre social, et finit non-seulement à la manière antique par absorber tout en lui, mais aussi par le concevoir comme but absolu, comme la manifestation de la Divinité ou comme le «Dieu présent», apothéose par laquelle les justes rapports dans lesquels l'État comme moyen doit se trouver avec la culture de tout ce qui est divin et humain sont complétement intervertis.

La troisième catégorie est constituée par les doctrines qui cherchent le rapport *organique* et harmonique de l'État et de son but avec l'ordre et le but de la société humaine.

A part quelques faibles essais tentés par d'autres, il n'y a que la doctrine de Krause d'après laquelle ces rapports organiques peuvent recevoir une détermination précise, en conformité avec toutes les tendances à la fois de liberté et d'humanité de notre époque. C'est cette doctrine qui sera la base de notre exposition.

En terminant, il nous reste à constater que le développement philosophique des théories sur le but de l'État se trouve en liaison intime avec l'histoire du mouvement social et des transformations politiques. De même que la philosophie n'est pas simplement, comme Hegel le pensait, la formule d'expression de la conscience générale d'un époque, qu'elle exerce plutôt une mission d'initiative dans le développement des idées et des opinions, de même les théories importantes sur le but de l'État ont donné, plus ou moins, une forte impulsion ou un grand appui à une nouvelle direction politique. C'est ainsi qu'une grande influence fut exercée par la doctrine de Leibniz-Wolf; d'un côté elle seconda puissamment, par sa théorie du perfectionnement social, le mouvement de réforme qui avait commencé dans le domaine politique; d'un autre côté, elle favorisa cet absolutisme dit éclairé (Frédéric II, Joseph II), qui, par le principe du «salut ou du bien public», fit fléchir bien des droits et brisa mainte institution du moyen-âge. Tandis qu'en France, le droit romain avait fait reparaître le pouvoir impérial dans l'absolutisme du prince (Louis XIV), en Allemagne la doctrine de Wolf était très-près de fonder l'absolutisme de l'*État*, en exagérant sa mission bienfaisante. Rousseau, en développant la théorie du contrat social dans toutes ses conséquences pratiques, transporta le pouvoir absolu du roi au peuple, en adoptant les vues de Wolf sur le bien ou le bonheur comme but de l'État.

En Angleterre, la doctrine économique d'Adam Smith, qui transforme, sous un côté important, toute la conception de l'État, est portée de nos jours à toutes ses conséquences

par les Mill, Buckle et d'autres. En Allemagne, où la doctrine de Kant avait jeté les premiers fondements de l'État de droit, les études ranimées de l'économie politique, anglaise dans sa base actuelle, et les recherches sur les institutions d'Angleterre ont fait mieux comprendre la portée de la conception de l'*État de droit* et du *self-government* qui en est le principe fondamental. Le système de Hegel est revenu, il est vrai, sous une forme nouvelle, à l'absolutisme de l'État et en maintient encore aujourd'hui l'idée dans beaucoup d'esprits. Mais après une recrudescence de la doctrine pratique absolutiste de l'unité et de la suprématie de l'État, le problème qui se pose partout consiste à concilier, dans une entente plus pratique, les impérieuses exigences de la liberté avec l'unité et les besoins de la culture sociale. Ce problème doit être résolu en premier lieu par une juste conception du but assigné à l'État au milieu du mouvement social.

§ 107.

DU BUT DE L'ÉTAT AU POINT DE VUE IDÉAL.

L'État, étant un organisme vivant, existe et se développe par une unité de principe qui l'anime dès l'origine et forme la règle et le but constant de son activité. S'il n'y avait pas une unité fondamentale du principe et du but, le dualisme ou même une plus grande variété de tendances constituerait un vice originel qui jetterait nécessairement l'État dans une fluctuation perpétuelle et ne permettrait aucune action bien coordonnée, aucune suite dans un plan adopté ou dans l'ensemble de son activité. Aussi tous les États se sont-ils toujours proposé, comme but *prédominant*, de maintenir l'ordre et la société, de protéger les personnes et les choses contre toute violence et de faire résoudre les contestations entre les particuliers par une autorité judiciaire. L'histoire, il est vrai, prouve également que ce but, formant la première condition indispensable d'une existence sociale, a été plus ou moins

étendu, qu'il y a eu, comme nous avons vu, des époques où l'État a pesé de son action et de ses pouvoirs sur tout le mouvement social, que le but de l'État a été tantôt étendu, tantôt restreint, selon l'esprit général dominant d'une époque et selon le génie particulier d'une nation. Ces faits historiques ont même paru à plusieurs auteurs une raison suffisante pour rejeter toute théorie spéciale et pour placer l'État et son but, comme ils disent, dans le courant de l'histoire, en déclarant comme légitime tout but poursuivi par l'État selon la conscience instinctive ou refléchie d'un peuple à une époque déterminée. Cependant la raison ne peut pas se décharger sur une vague conscience générale d'un problème qui, comme toujours, doit être résolu par une étude approfondie de la nature des rapports qu'il importe de régler. Nous avons vu que précisément les théories philosophiques ont exercé une grande influence sur le changement des opinions d'un peuple et de la conscience générale d'une époque. La conscience d'ailleurs n'est que le foyer dans lequel se reflètent les idées vraies ou fausses, complètes ou incomplètes. Il importe donc d'éclairer la conscience d'une nation, comme celle d'un homme, par les vrais principes pour lui tracer le juste chemin dans l'exercice de son activité. Et plus que jamais, il est aujourd'hui nécessaire de préciser les justes principes sur le but de l'État et de les faire pénétrer dans la conscience sociale et dans l'esprit des masses, pour que la vraie intelligence mette un juste terme aux désirs, aux espérances, aux demandes extravagantes qu'on adresse aux pouvoirs de l'État, qu'on apprenne à chercher les sources premières de tout bien et de tout bonheur dans l'activité propre et qu'on laisse enfin l'État jouir du repos et de la stabilité nécessaire pour accomplir réellement la mission qui lui est assignée pour le bien commun. La véritable paix intérieure ne peut être obtenue qu'au prix d'une juste solution de la question du but de l'État, problème fondamental, dominant toutes les questions de politique formelle, de constitution et d'administration, qui toutes dépendent plus ou moins de la manière

dont on comprend le but que l'État doit poursuivre par l'action de ses pouvoirs. C'est ce but que nous allons déterminer.

Dans l'ensemble des buts principaux formant la destination humaine, il est un but, celui du droit, qui, à cause de son importance pratique a dû pousser à une première forte organisation et rester le lien permanent extérieur parmi les hommes. Le droit et la religion ont formé jusqu'à présent les deux pôles dans tout le mouvement de la vie sociale. Si le droit réglant les conditions de l'existence humaine se rapporte au côté fini, conditionnel de la vie, la religion saisit l'homme dans sa face absolue, dans ses rapports avec Dieu. Les deux institutions de l'État et de l'Église ont dominé alternativement tous les autres domaines de l'activité sociale, en prolongeant au-delà de tout besoin la tutelle qu'ils ont exercée. Mais le grand mouvement d'indépendance et de liberté qui a suivi toutes les sphères sociales et qui tend à constituer pour chacun un domaine d'action propre, à rendre à chacun ce qui lui est dû, impose aussi à l'État l'obligation de fixer le domaine de son activité d'après le but fondamental qui lui est échu dans la division du travail social de culture. Ce but fondamental ne peut être que celui du droit, principe qui lui a donné naissance et qui reste la règle de son action. La théorie que nous avons établie sur le droit est à la fois assez précise et assez large pour déterminer par ce seul principe le but et le domaine spécial d'action de l'État et les rapports qu'il soutient avec toutes les institutions sociales. L'exposition qui a été donnée du droit, comme principe d'organisation (§ 19), n'a besoin que d'être plus développée du point de vue de l'État, pour fournir une détermination précise du but de l'État.

Quand nous parlons du droit comme but fondamental de l'État, en concevant celui-ci comme étant par son essence l'*État de droit (Rechts-Staat)*, nous devons nous rappeler d'abord que le droit n'a pas son dernier but en lui-même, mais dans la culture humaine. Il s'ensuit qu'il faut assigner à l'État à

deux points de vue distincts un double but: un but immédiat, *direct*, celui du droit, et un but *indirect*, mais *final*, consistant dans la culture sociale. Cette distinction s'est présentée à l'esprit de plusieurs auteurs, mais aucun d'eux, à l'exception de Krause, n'a fait voir le rapport intime et nécessaire, existant entre le droit comme but direct et toute la culture comme but final. Nous verrons plus tard que les deux branches du pouvoir exécutif, la fonction judiciaire et la fonction administrative, sont principalement déterminées par la prédominance du but direct du droit et du but de la culture. Comme le droit lui-même a été suffisamment exposé, nous avons ici particulièrement à déterminer le but que l'État doit poursuivre au moyen du droit pour la culture sociale.

Le but de l'État, par rapport à toute la culture sociale, est, sous le point de vue le plus général, déterminé par le principe que toute l'activité de l'État doit essentiellement porter l'empreinte du caractère même de la notion du droit. Or le droit, comme nous avons vu, est un principe *formel*, une règle, une idée d'ordre et d'organisation (t. I, p. 137), et par conséquent la mission essentielle de l'État peut seulement consister à *règler*, à *ordonner* les rapports de vie et de culture, sans intervenir dans les causes et les forces productives qui sont situées en dehors de son domaine et de son action. Nous pouvons résumer cette mission de l'État en deux termes très-précis, en disant que l'action de l'État se distingue de l'action de toutes les autres sphères sociales, comme la notion de *condition* se distingue de celle de *cause*. Ces deux notions, il est vrai, sont encore souvent confondues dans les sciences naturelles comme dans les sciences éthiques, mais elles sont seules propres à donner à notre question la solution la plus précise. L'État, en réalisant pour toutes les sphères de vie les conditions de leur existence et de leur développement, doit seulement approprier ces conditions à la nature et aux lois des causes qui sont actives dans les diverses sphères, sans

se mettre à la place d'une sphère ou de son action, sans vouloir dominer les forces causales de l'ordre social, sans les altérer ou leur donner une direction contraire à leur nature. Les causes intellectuelles, morales, religieuses, économiques sont les puissances premières, les sources immédiates de la vie, et le pouvoir de l'État ne peut consister qu'à maintenir ouvertes les sources de vie d'où jaillissent par l'impulsion propre et libre de toutes les forces individuelles et réunies les biens qui forment l'aliment toujours croissant de la vie sociale, et d'un autre côté il doit veiller à ce qu'un juste rapport s'établisse entre toutes les sources, forces et biens, pour qu'il se forme dans la société une atmosphère salutaire d'influences reciproques propre à favoriser la croissance générale. De même que dans l'ordre physique un bon système de culture consiste à chercher et à préparer pour chaque genre de culture les meilleures conditions du sol dans un bon milieu ambiant et à y amener les éléments chimiques nécessaires, de même l'État doit viser à ce que toutes les sphères, tous les domaines de l'activité sociale se trouvent en libre communication de leurs influences et de leurs produits, et il doit au besoin stimuler lui-même l'action sur les points où elle est défectueuse ou disproportionnée. Le principe du «laisser aller, laisser faire» quelque important qu'il soit, ne peut pas constituer une règle absolue pour l'État; de même que la liberté doit être soumise à certains principes généraux, de même le mouvement social qui, abandonné à sa propre impulsion, pourrait acquérir dans une certaine direction une prédominance dangereuse, doit être maintenu dans un certain équilibre que l'État a alors le devoir de rétablir, en augmentant les moyens d'aide pour les parties du développement déprimées ou restées en arrière. Si, à une certaine époque, les branches de l'activité économique prennent d'une manière démesurée le dessus sur le mouvement spirituel et idéal, l'État, sans arrêter le cours du mouvement économique, peut élever son budget pour l'enseignement des sciences et des arts. Aucun organisme ne peut exister et se

développer sans un certain équilibre entre toutes ses parties. Dans l'organisme physique il est maintenu par des lois fatales; dans l'organisme éthique et libre de l'État il doit être conservé par des lois rationnelles formulées et exécutées selon les libres fluctuations de la vie sociale par l'État. Maintenir à un certain degré l'*équilibre*, la *proportion*, l'*harmonie* entre les diverses branches du travail social de culture, arrêter surtout les évidentes déviations et protubérances, voilà la fonction importante que l'État doit remplir et par des lois générales, réglant mieux les rapports entre les diverses parties, et par des secours qu'il peut distribuer selon les règles d'une juste proportion.

C'est cette action de règlement organique constatée d'abord en général dans les trois fonctions organiques du droit (§ 19), que nous avons encore à déterminer plus en détail et à résumer ensuite d'une manière synthétique quant à l'ensemble de la culture au sein d'une nation.

1° Le premier principe qui doit guider l'État dans son activité, c'est de reconnaître la nature propre, l'indépendance, l'*autonomie* de toutes les sphères de vie poursuivant des buts distincts du but juridique et politique. Nous avons déjà suffisamment fait voir (t. I, p. 141) que ces principes ont à recevoir leur consécration par la pratique du *self-government* applicable à toutes les sphères et à tous les degrés de la sociabilité humaine.

2° La seconde fonction principale de l'État, admise par toutes les théories, est d'une nature négative et restrictive; elle consiste à écarter, dans le terrain laissé libre au mouvement *laisser faire*, *laisser passer*, les obstacles trop grands pour être vaincus par des forces individuelles, à imposer à la liberté de chacun des *limites* nécessaires pour la coexistence de la liberté de tous et à soumettre pour le maintien de la paix intérieure toutes les contestations à des tribunaux. C'est à cette fonction sans doute très-importante qu'une théorie, expression d'une tendance extrême, a voulu réduire le but de l'État.

C'est, comme nous avons vu, la forme exclusive, abstraite de la théorie qui considère l'État comme l'ordre du droit, en l'isolant de tous les buts de culture, opinion pratiquée largement en Angleterre, systématisée par Kant, et portée à l'excès par le positivisme anglais de Buckle († 1862, *History of civilization in England*, 3 vol., 1867), tandis qu'un autre positivisme en France (celui d'Auguste Comte, se traînant dans l'ancienne ornière dont les meilleurs esprits en France tendent à sortir) donnerait volontiers au gouvernement la mission de se faire l'apôtre et l'instrument des doctrines positivistes. Selon l'opinion libérale extrême, formulée surtout par Buckle[1], le véritable ordre social doit reposer sur la confiance et la foi dans les lois naturelles du développement social et dans leur action spontanée, salutaire, sur l'habitude à faire contracter à tous, de ne compter que sur soi et de ne se fier qu'a soi-même *(self-reliance)*, base

[1] L'opinion de Buckle a été bien resumée dans un article inséré dans la *Revue des Deux Mondes* du 15 mars 1868: «*Le positivisme dans l'histoire*», par M. Louis Étienne. Nous en extrayons le passage suivant:
«Non-seulement les gouvernements, dans le cours naturel des choses, obéissent aux idées de leurs temps, mais leurs mesures les plus nécessaires sont négatives. Les meilleures consistent presque toujours dans l'abolition de quelque loi précédente, en sorte que leur bienfait se réduit à effacer le mal dont ils étaient les auteurs et que, si l'on fait l'état de leurs services et de leurs fautes, il est peu probable que la balance soit en faveur du bien. Nouvelle preuve qu'ils ne peuvent pas être une cause de progrès. Sans doute les gouvernements prétendent agir d'une manière plus positive; on dit: initiative du gouvernement. La fonction de faire naître le progrès n'est pas la leur, ils la remplissent mal ou l'exercent à contre temps. Parcourez le cercle des objets dans lesquels cette malencontreuse initiative se donne carrière, et vous verrez que dans tout ce qu'elle touche, elle porte le désordre et la mort. Que penser du commerce? Il faut qu'il soit donc d'une puissance de vie incroyable pour avoir résisté à tous les règlements autrefois imaginés en sa faveur. Que dire de la religion? Elle n'a pas de chaine plus pésante que celle des gouvernements qui se mêlent de la protéger. Parlerons-nous de l'intérêt de l'argent, de la liberté de la presse? Dans cette double circulation de la richesse et de la pensée, la main du gouvernement même dirigée par les meilleures intentions est impuissante: c'est la main d'un empirique ignorant qui provoque l'épuisement ou la paralysie du corps social; s'il ne détruit pas la santé, c'est que les nations modernes sont des personnes vigoureuses, bien portantes, malgré le médecin. On regarde souvent l'éducation de la jeunesse comme le domaine

première du *self government*. De même que Dieu (selon Buckle) n'intervient jamais dans la nature par les forces surnaturelles, que les lois y suivent leur cours régulier, de même le gouvernement ne doit pas intervenir dans les lois du mouvement social, nécessaires, fatales comme celles de la nature. Toute initiative qu'il voudrait prendre par des lois importantes, capables d'influer sur la destinée d'un peuple, serait plus qu'inutile, elle serait hautement injurieuse pour la maturité de l'esprit public. Le gouvernement n'a à voir dans son métier que le secret d'adapter des conceptions temporaires à des circonstances temporaires, sa fonction est de suivre le siècle et nullement d'essayer de le conduire; le gouvernement est un effet, non une cause du progrès, et au fond chaque peuple (comme de Maistre l'avait déjà dit) a le gouvernement qu'il mérite. Le gouvernement existe à cause des maux de la société; il a pour mission de prévenir, de réprimer les désordres, les violences qui menacent l'ordre social dans son existence; il est lui-même un mal (comme le disaient les partisans de la doctrine d'Adam Smith, en l'outrant) et il importe d'en réduire le domaine, en restreignant le plus possible le cercle d'action de

de l'activité gouvernementale. On perd de vue l'inévitable stérilité des efforts d'un gouvernement quand il se substitue au mouvement spontané de la société. Tantôt il remonte, tantôt il devance le progrès; plus souvent encore il est à côté. Il ne nage pas dans le courant, il amasse tout au plus quelque petite flaque d'eau dans laquelle il se livre aux exercices d'une natation pénible. L'eau s'écoule et il reste à sec. Dans toutes les matières que nous venons de parcourir, la fonction du gouvernement est de réprimer le désordre, d'empêcher l'oppression du faible par le fort, de préparer les lois, comme on prépare les règlements pour la santé publique. Ce sont là des services d'une grande valeur; qu'il s'y tienne et qu'il n'ait pas l'ambition de faire le progrès des peuples! Qu'il interroge l'opinion publique sans lui dicter une réponse, qu'il laisse la pression environnante s'exercer librement sans prétendre la créer. Sa vraie fonction est de céder : n'y pas consentir ou aller au-delà, c'est également abuser du pouvoir et compromettre tout autant le progrès. Entre toutes les influences qui agissent sur la marche continue des sociétés, religion, morale, littérature, le gouvernement a le moins de part au progrès social. L'activité de l'intelligence, les lois intellectuelles de l'humanité, voilà ce qui pousse les hommes toujours plus avant, parce que c'est aussi ce qui grandit et s'accumule de siècle en siècle. »

l'État. On comprend facilement qu'il ne restait qu'un pas à faire pour aboutir à l'extravagante doctrine (de Proudhon), qui voyait l'idéal social dans l'absence de tout gouvernement (l'anarchie), et qu'ainsi l'opinion erronée de l'absence de tout gouvernement moral et providentiel du monde conduisait en dernière conséquence à repousser tout gouvernement de la société; et nous voyons encore ici que l'homme, même sans le savoir, conçoit sa vie propre et la vie sociale à l'image de l'idée qu'il s'est formée de Dieu et de l'ordre divin des choses.

La théorie que nous venons d'esquisser dans ses traits généraux est celle de la liberté abstraite, toute négative (t. II, p. 52), qui veut se suffire à elle-même, qui n'admet et ne conçoit d'autre loi que celle qu'elle s'est imposée elle-même; c'est la théorie de ce libéralisme individualiste, qui ne conçoit, ni pour l'homme, ni pour la société, une vue d'ensemble, un plan d'activité coordonnée, et repousse par conséquent toute intervention du gouvernement dans la marche de la vie nationale. Certes, la liberté, comme nous n'avons cessé de le montrer, est la source première de toute vie, et le libéralisme a raison de se mettre en garde contre toutes les mesures de salut proposées par un gouvernement, d'examiner scrupuleusement si le bien qu'il veut opérer par ses moyens généraux n'affaiblit pas les sources premières dans l'action et la responsabilité personnelles; il est vrai aussi qu'une importante mission des gouvernements consiste encore aujourd'hui à réparer le mal et les injustices que les gouvernements du passé ont fait ou laissé faire, à écarter les obstacles par lesquels le mouvement social a été obstrué dans toutes les directions. Mais de même que les gouvernements du passé, mal avisés ou guidés par des vues égoïstes ou exclusives de parti, de caste, de dynastie, ont combiné les éléments sociaux de manière à produire le mal, de même les gouvernements, obligés, par une pratique sincère du système représentatif, de s'inspirer des vrais besoins communs, peuvent contribuer, par une bonne législation et une sage administration, au bien et au bien-être de la société. Qu'on

n'objecte pas contre cette opinion que le gouvernement n'a qu'à laisser suivre aux lois sociales leur cours naturel, pour que, à l'instar des lois physiques, elles produisent d'elles-mêmes les bons effets. Bien que le matérialisme et le positivisme modernes insistent sur l'identification des lois morales et sociales avec les lois physiques, elle est réfutée par l'histoire et par la science. S'il n'y avait pas de différence essentielle entre ces lois, on ne comprendrait jamais pourquoi la société humaine ne présente pas une évolution aussi régulière que la nature, et comment les lois morales et sociales ont pu être détournées de leur cours naturel, et sont toujours susceptibles d'être réformées et combinées par l'intelligence des hommes. C'est que les lois sociales ne s'appliquent pas d'elles-mêmes, qu'il y a dans l'homme une intelligence supérieure, qui peut leur donner une direction bonne ou mauvaise pour un but juste ou injuste. Cette intelligence, en affinité avec l'intelligence divine, peut donner même aux forces et aux lois physiques, sans en changer la nature, une telle direction et en faire une telle application, surtout dans la mécanique, que la nature livrée à elle-même n'en aurait jamais pu produire une semblable, fait important et capable de faire entrevoir comment la Divinité peut aussi combiner à la fois des lois physiques et les lois morales, sans en changer le caractère, pour le gouvernement providentiel du monde. Or, cette intelligence libre rationnelle est aussi appelée, dans le gouvernement de l'État, à établir un ordre dans lequel toutes les forces, toutes les lois qui agissent dans la société humaine, soient à la fois respectées dans leur nature propre et combinées pour une action dont le cercle salutaire s'agrandit et se fortifie par l'union même de ces éléments. En Angleterre, si souvent citée comme exemple du *laisser faire*, *laisser passer*, le gouvernement est aujourd'hui poussé par l'opinion publique elle-même à sortir de la position d'indifférence dans laquelle il s'est tenu vis-à-vis d'importants domaines de la culture sociale, et après avoir été obligé de prendre bien des mesures pour la

classe ouvrière (loi sur les fabriques, etc.), il paraît maintenant céder volontiers à la pression de l'opinion publique, qui exige surtout un secours plus puissant pour l'instruction populaire, et des esprits non prévenus y verront, non une action rétrograde, mais un progrès social salutaire. La civilisation ne condamne donc pas le pouvoir de l'État à être simplement une autorité de police et de répression, elle demande qu'il apporte au développement social l'appui et le secours qu'il peut lui prêter, sans en froisser les lois, et c'est cet appui qu'il nous reste à préciser dans son caractère.

3° Il y a donc une troisième fonction assignée à l'État par son but et consistant en ce qu'il *favorise* directement et *positivement* tout le développement social. Toutes les théories modernes qui se sont élevées au-dessus du point de vue trop étroit de la doctrine du *laisser aller* sont d'accord sur ce principe fondamental, mais aucune d'elles n'a entrepris de déterminer le mode ou la *manière* dont l'État doit favoriser la culture sociale[1]. C'est cependant en cela que consiste le point capital de la question et la difficulté principale dans la solution. C'est donc cette question que nous avons à examiner.

[1] Nous citerons seulement quelques éminents écrivains en dehors de l'Allemagne. M. J.-St. Mill dit que l'intervention de l'État ne doit être admise que dans des cas impérieux d'utilité *(when the case of utility is strong)*. M. Ch. de Rémusat (dans l'article cité p. 323) dit: «Toutes les fois que la question est douteuse, toutes les fois que des antécédents impérieux ou une nécessité générale et sentie ne vous enlèvent pas la faculté de choisir entre le système coercitif (l'action de l'État) et le système volontaire (du *self-government*), n'hésitez pas, récusez le pouvoir et fiez-vous à la liberté.» M. Ed. Laboulaye (dans l'article cité p. 323) dit: «La fin de l'État, c'est la protection des intérêts moraux et matériels de tous les citoyens. Le maintien de l'État est donc la première garantie de la liberté. Pour donner à l'État le plus haut degré de puissance, il ne faut le charger que de ce qu'il doit faire nécessairement, autrement c'est employer la force de tous à paralyser l'énergie de chacun.» M. L. Blanc (*L'État et la commune,* 1866) dit: «Toutes les fois que l'intervention de l'État est en opposition avec le libre développement des facultés humaines, elle est un mal; toutes les fois au contraire qu'elle aide à ce développement ou écarte ce qui fait obstacle, elle est un bien.» Cependant, ce sont ces principes de *nécessité* et d'*aide* qui demandent à être encore plus nettement formulés.

a. Le mode par lequel l'État peut favoriser le développement social est, avant tout, déterminé par le principe général précédemment exposé. Conformément au caractère du droit, c'est un mode *formel* qui n'empiète pas sur les causes et forces productives agissant dans les diverses sphères pour les buts principaux de la vie. L'action de l'État ne peut se mettre à la place d'aucune de ces causes, sans en altérer la source et la nature, sans la diriger vers des buts qui leur sont étrangers. L'État ne doit se faire ni prêtre, ni instituteur, ni savant ou artiste, ni agriculteur, industriel ou commerçant. Quels que soient les moyens par lesquels l'État puisse favoriser les diverses branches du travail social, il ne doit jamais en altérer les sources intimes, intervenir dans leur mode d'action spontané, libre, seul propre à en faire jaillir la richesse des vérités et des biens spirituels et matériels, dont les principes se trouvent dans le génie infini de l'homme[1]. L'État ne doit donc imposer et maintenir aucun dogme dans la religion, aucune doctrine et aucune méthode dans les sciences, dans les arts et dans l'instruction, aucun mode d'exploitation agricole, industrielle et commerciale. D'un autre côté, tout en abandonnant le mouvement intérieur, la formation et la transformation des convictions, des impulsions et des motifs d'action à l'exercice libre des forces qui agissent dans ces diverses sphères et domaines, l'État peut venir en aide au développement de tous et de chacun de ces domaines par des mesures générales formelles, soutenues même dans des cas déterminés par des moyens matériels, en tant qu'elles n'altèrent pas les sources premières de la production des biens spirituels et matériels. Le mode de secours peut varier selon l'état de culture plus ou moins avancé des hommes en général, d'une sphère ou d'une institution sociale; mais le principe qui doit

[1] Dans les temps modernes, c'est en France que la liberté a été le mieux scrutée dans sa source, ses applications pratiques et ses rapports avec l'action de l'État, par les éminents écrivains cités plus haut (p. 323); et le régime actuel aura eu au moins pour effet d'avoir provoqué une noble réaction morale du génie français.

toujours guider l'État pour la prestation de tels secours, c'est de fournir à une sphère, à une institution ou à une classe d'hommes les conditions d'existence et de développement que, selon un état donné ou le genre spécial de leur travail social, ils ne peuvent pas se procurer eux-mêmes d'une manière suffisante. Ce principe peut recevoir divers modes d'application.

b. Le premier soin qui doit fixer l'attention de l'État, c'est de veiller à ce que chaque enfant acquière, par l'instruction élémentaire, les biens spirituels qui sont la condition fondamentale de tout perfectionnement ultérieur, et même de l'exercice de tous ses droits, de toutes ses obligations morales et juridiques. L'État cependant ne peut pas prescrire que cette instruction soit puisée dans les écoles qu'il soutient des deniers publics; elle peut être donnée par des écoles privées ou même au sein de la famille, il a seulement à exiger des garanties pour que l'instruction ait été suffisante dans ces cercles privés, en constituant une surveillance et en prescrivant le degré de connaissances dont tous doivent faire preuve dans des examens publics. Au premier aspect, il pourrait sembler qu'un tel devoir de l'État est contraire au principe qu'il ne doit pas être instituteur. Cependant, ce n'est pas l'État lui-même qui devient instituteur ou ecclésiastique, quand il soutient les églises et les écoles par les moyens de son budget, sans intervenir dans le mouvement spirituel et religieux, et on peut même concevoir toute l'instruction organisée dans un grand corps, indépendant de l'État et recevant néanmoins de lui ses principaux moyens matériels. Quant à l'instruction élémentaire, l'État doit encore la prescrire, en sa qualité de tuteur suprême pour tous ceux qui ne sont pas en état d'agir par eux-mêmes.

c. L'État doit ensuite veiller à ce que l'activité de chaque sphère ou branche de la culture sociale soit *complétée* par les conditions d'existence et de développement que, de sa nature, elle ne peut pas produire elle-même. A cet égard, il

y a d'abord à faire une distinction essentielle entre les *deux genres principaux d'activité*, selon que le but est une production de biens *matériels* dans l'agriculture, l'industrie et le commerce, ou de biens *spirituels* dans la religion, la morale, les sciences, les beaux-arts et l'instruction. Ces deux genres de biens, également nécessaires dans la vie humaine, forment l'un pour l'autre une condition essentielle de développement, parce que la production économique ne peut s'élever à un haut degré de prospérité sans la culture de tous les biens spirituels, et que ceux-ci demandent pour leurs agents un secours par la rémunération matérielle, sans laquelle ils devraient renoncer à ce genre de travail. L'échange entre ces deux genres de biens se fait, il est vrai, en grande partie, librement, selon les besoins de chaque groupe et de chaque branche de production. Cependant, la position de ces deux groupes n'est pas égale, de l'un par rapport à l'autre, et vis-à-vis du public. Le groupe économique satisfait les besoins matériels impérieux et les plus instantanés, il produit les biens, pour lesquels il est en général assuré de trouver une rémunération matérielle dans d'autres valeurs d'échange; de plus, ce groupe n'est pas attaché à l'autre par les mêmes liens d'argent et d'inévitables besoins; quand il est assez éclairée, il comprendra sans doute que la culture des sciences dites exactes et des arts techniques est pour lui une condition nécessaire pour arriver à une plus grande prospérité et pour maintenir la concurrence avec d'autres pays, et il se prêtera aux sacrifices que l'organisation d'une telle instruction imposera à cet effet; mais il comprendra difficilement que, dans l'ordre spirituel, tout s'enchaîne également, que les sciences idéales, la religion, la philosophie, la morale, les beaux-arts, sont même les forces supérieures qui répandent l'atmosphère la plus bienfaisante sur toutes les régions inférieures de l'activité sociale. Cependant ces biens courront risque d'être considérés comme des objets de luxe dont l'esprit positif peut se passer. Or, c'est à cet égard que l'État doit remplir

l'importante mission de maintenir, d'après une vue d'ensemble, les rapports organiques de continuité dans le développement, de garantir à tous les ordres de culture les conditions *essentielles* d'existence et de production salutaire; il a donc le devoir, d'un côté, de procurer à l'ordre social tout entier, et en particulier aussi à l'ordre économique, les bienfaits d'une instruction indépendante du bon et du mauvais vouloir et organisée dans toutes les branches de la culture, et, d'un autre côté, d'assurer à tous ceux qui travaillent pour des buts spirituels plus élevés de la société les moyens de subsistance matériel, en y contribuant au moins pour une partie complémentaire.

Le même principe règle aussi la position de l'État vis-à-vis des confessions. Bien que la religion soit surtout une affaire de la conscience individuelle, et que, dans des pays comme les États-Unis, où le mouvement religieux s'est éparpillé dans les directions les plus diverses, il puisse être commandé par une juste politique de faire chercher à chaque confession l'appui matériel dans les convictions de ses adhérents, la théorie rationnelle appuyée encore en Europe par des considérations d'équité, eu égard à des positions historiquement établies des diverses confessions, demande que l'État mette sur son budget, au moins pour une partie complémentaire, le traitement du clergé d'après les besoins constatés, mais susceptibles de changer dans le libre mouvement des convictions religieuses.

Or, c'est ce secours accordé par l'État aux ordres du travail spirituel qui sert aujourd'hui d'argument principal aux socialistes (surtout en Allemagne) pour élever la prétention, au nom d'une justice égale pour tous, que l'État vienne également en aide aux travailleurs de l'industrie par des subventions ou au moins par des prêts, surtout à l'effet de les mettre en état de fonder des sociétés coopératives de production (p. 89). Cependant, ce genre d'aide serait précisément contraire au vrai principe de justice et au but de l'État, parce qu'il constituerait une intervention directe dans les

forces même de la production. L'État a seulement pour mission d'amener à chacun des deux ordres principaux de l'activité sociale les conditions suffisantes d'existence et de progrès qu'un ordre ne peut pas produire lui-même, de faire profiter par conséquent l'un des biens spirituels, l'autre des biens matériels. L'État, qui ne produit par lui-même aucun bien spécial, étant le bien général et formel d'ordre et d'union organique, sert seulement d'intermédiaire, de véhicule, de moyen de communication de biens entre ces deux ordres, en tant que l'échange libre privé est insuffisant, ne répond pas à tous les besoins, et que cette insuffisance pourrait compromettre les intérêts généraux et permanents de la culture humaine. En complétant ainsi chaque ordre social des biens qu'il ne peut pas produire lui-même, l'État n'intervient jamais dans leurs causes et forces de production. Or, une pareille intervention aurait lieu si l'État subventionnait l'ordre économique des mêmes biens qu'il est appelé à produire lui-même, s'il lui fournissait le capital qui doit être le produit du travail matériel et des vertus morales qui concourent à l'épargne. Une pareille demande faite à l'État serait semblable à celle que formerait l'ordre spirituel en lui demandant de le pourvoir d'un capital spirituel, religieux, moral, intellectuel, de dogmes, de doctrines, d'idées, dont il puisse nourrir son travail. De même qu'une telle intervention dans l'ordre spirituel briserait tous les leviers d'action propre, de même toutes les forces économiques seraient altérées dans leur action, si l'État leur donnait, en toute ou en partie, ce qu'elles doivent elles-mêmes produire, en ôtant en même temps ou en affaiblissant fortement la responsabilité du travailleur économique, en diminuant les motifs qui le portent à user de toute prudence, à se ménager le moindre avantage, à produire aux moindres frais possibles, et à exercer les vertus de modération, pour créer et augmenter le capital par l'épargne. L'État ne peut donc être ni banquier, bailleur de fonds, ni commanditaire ou associé dans une entreprise économique. Chaque

ordre social est obligé de chercher, par l'aide de soi-même *(Selbsthülfe)*, les moyens que, selon sa nature et son but, il doit produire lui-même; seulement, comme tous les ordres particuliers sont réunis par l'État de droit pour trouver ainsi, dans l'union, l'aide et l'assistance pour tout ce qui dépasse leurs propres forces, l'État doit veiller à ce que cet aide adventice, complémentaire leur soit assuré d'une manière indépendante des caprices, des opinions changeantes des individus; toutefois cet aide ne peut être qu'une co-assistance à l'aide propre, et il doit s'exercer d'après le principe que nous venons de spécifier.

Nous voyons donc que le principe ou le but de l'État nettement compris offre une solution précise pour une des questions capitales soulevées dans les temps modernes, et permet de bien déterminer le genre d'activité auquel l'État doit se livrer. L'État n'est en aucune manière un ordre de création, de production, dans un domaine de biens, et ne remplit partout qu'une mission de coordination, de protection et d'aide complémentaire pour maintenir un ordre libre et organique d'harmonie et d'équilibre, en amenant à chaque partie, à chaque fonction sociale, les influences bienfaisantes dont elles ont besoin. Cette mission de l'État, indiquée par son but idéal, lui est encore assignée par le mouvement d'indépendance qui s'est emparé de toutes les sphères sociales, mouvement qu'il importe cependant de ne pas laisser dégénérer en force centrifuge, qui dissoudrait la société. La mission de l'État à cet égard se résume en deux points: *affranchir* et *lier;* émanciper matériellement les divers ordres sociaux de son intervention directe, maintenir formellement les liens organiques par les influences réciproques qui les font prospérer. En rendant à toutes les sphères sociales la liberté par laquelle elles peuvent faire jaillir de leurs sources propres tous les biens inhérents à leur nature, en renonçant dorénavant à vouloir dominer par les lois politiques les lois naturelles et divines des choses, il concevra

comme sa mission la plus digne de veiller à ce que chaque sphère de production et de biens se complète par tous les biens qui lui manquent, et que, de cette manière, elle se constitue, toute particulière qu'elle est, en une totalité de culture, par l'ensemble des influences bienfaisantes qui sont les conditions essentielles de son développement. Encore sous ce rapport, l'État remplit une importante fonction organique, en visant à ce que chaque partie, ne pouvant vivre et prospérer que dans de sains rapports avec le tout, devienne une *totalité* vivante, intégrale, humaine, en ralliant dans sa sphère tous les éléments humains qui complètent son action propre. De même que l'humanité demande des *hommes* et non pas des fragments d'homme, de même l'ordre social doit être organisé de telle manière, que tous les membres, tous les ordres particuliers, jouissent de toutes les conditions d'existence humaine, et soient liés entre eux comme par des nerfs sociaux qui se transmettent leurs influences bienfaisantes.

Nous venons de déterminer, par un principe précis, simple et néanmoins fondamental, la manière dont l'État doit aider, favoriser toute la culture sociale. C'est une espèce d'intégration sociale, une mission d'organisation formelle, de coordination complémentaire, de règlement harmonique, qu'il doit remplir sans intervenir dans l'action propre, autonome, des diverses sphères sociales. L'État ne sera ainsi au fond que la liberté organisée, c'est-à-dire complétée par les liens d'action qui l'unissent à tous les ordres Toutefois, dans ces limites, un grand champ d'activité reste ouvert à l'État, qu'il fécondera encore mieux à l'avenir par des moyens plus puissants, quand ses pouvoirs politiques ne seront plus exploités par des passions égoïstes et brutales de domination absolutiste et de guerre, et qu'ils pourront mieux remplir les devoirs qui leur sont imposés pour des buts d'humanité, en faveur de toutes les classes de la société, pour autant que celles-ci ont besoin d'un secours assuré et bien ordonné. C'est ainsi

que, d'abord en général, l'État réglera, en les coordonnant, toutes les associations de bienfaisance, de secours pour les pauvres, en assurant à tous les indigents un minimum suffisant, en complétant les moyens insuffisants d'une localité ou d'un district, et en répartissant en général sur la totalité des charges qui, par suite d'accidents, de calamités industrielles, de disette, etc., dépasseraient les forces particulières. C'est ainsi que l'État prendra à sa charge l'instruction qu'aujourd'hui les travailleurs de l'ordre économique se procurent, souvent à leurs propres frais, dans les institutions techniques *(mechanic institutions)*, dans les écoles de perfectionnement, etc.; de plus, l'État viendra aussi en aide, pour une partie complémentaire, aux caisses d'invalides, de pension, de maladie, de veuves et d'orphelins, et ce principe important sera appliqué par lui non-seulement aux travailleurs de l'ordre économique, mais à tous les travailleurs de l'ordre social qui se distribueront un jour dans les grandes sociétés et corporations de science, d'art et d'instruction. L'État devra sans doute maintenir le principe fondamental, que chaque ordre et chaque sphère de la société doit d'abord, autant que possible, par ses propres moyens, porter secours à tous ses membres qui souffrent et ont besoin d'assistance, qu'ensuite le secours soit organisé selon les degrés de la famille, de la commune, du district, de la province, mais à la fin le pouvoir central doit remplir, s'il est nécessaire, une fonction complémentaire en vue d'une plus égale répartition des charges. C'est en cela que consiste la véritable organisation de secours laquelle appelle tous les organes avec le centre à l'accomplissement de cette fonction. En dehors de cette fonction d'aide, l'État peut exécuter toutes les mesures d'un intérêt général qui ne touchent et n'altèrent pas les motifs, les forces et les causes d'action des diverses classes sociales [1].

[1] C'est ainsi qu'en Angleterre, l'administration des postes a été constituée (par Gladstone) comme caisse d'épargne, et quelque temps après, comme une institution de rentes viagères, principalement pour les

Le principe que nous venons de préciser permet d'apprécier à sa juste valeur une maxime adoptée par beaucoup d'auteurs à l'effet de déterminer l'action de l'État, et énoncée dans la formule : que l'État est autorisé à faire tout ce qui dépasse les forces des individus et des associations privées. Cette maxime tend à résoudre les grandes difficultés dont est entourée la recherche d'un but *qualitativement* distinct de l'État, par un simple principe de *quantité*, qui laisse cependant planer un vague dangereux sur le caractère de l'action de l'État. D'abord il y aura souvent divergence d'opinions sur le point principal de savoir si ce qu'on demande à l'État dépasse réellement les forces des particuliers, divergence qui parmi les auteurs professant cette maxime s'est déjà produite à tel point que quelques-uns pensent que la juridiction pourrait être ôtée à l'État, comme ne dépassant pas les forces des particuliers qui établiraient facilement des tribunaux d'arbitrage à l'effet de vider les contestations entre eux. L'État doit sans aucun doute, même dans ce domaine, reconnaître, jusqu'à un certain point, l'autonomie des parties sur une cause en litige, mais d'abord il doit formuler les lois du droit civil qui sont à observer pour tous, et ensuite instituer des tribunaux communs réguliers qui les appliquent par une juste interprétation, et enfin il doit au besoin faire exécuter la loi par la force publique. Il en est de même d'autres matières; la maxime indiquée plus haut laisse le vrai problème en suspens et ne fournit aucun principe pour résoudre la question de suffisance ou d'insuffisance des efforts particuliers. Au contraire, le principe que nous avons établi distingue, en premier lieu, nettement l'action formelle de l'État de toutes les causes et forces qui agissent dans les autres sphères sociales; c'est seulement quand la question capitale a été résolue, que l'action que l'État doit exercer, sans s'ingérer dans le domaine intérieur d'une sphère sociale, se trouve justifiée en principe,

classes inférieures, qui n'ont pas à mettre des sommes aussi élevées que celles exigées par les grandes associations.

et qu'il s'agit, en second lieu, de *répartir* le genre de secours que l'État peut prêter, qu'il y a lieu d'examiner en quelle mesure ou quantité le pouvoir central, les provinces, les communes, les familles, doivent y concourir.

4° Comme l'État n'est pas seulement un ordre de droit du temps présent, qu'il est au contraire un ordre éternel, permanent, liant le passé au présent, il en résulte pour lui, en vue de l'avenir, la mission historique, pour autant qu'il peut la remplir par le principe du droit, de conserver tout le capital de culture, produit par le travail du passé et fixé dans les mœurs ou dans les monuments des sciences et des arts; il doit donc veiller à ce que la génération actuelle soit initiée à cette culture, dont il ne doit pas laisser frustrer les générations à venir par d'étroites vues utilitaires.

5° Enfin l'État, en tant qu'il est constitué au sein d'une *nation*, comme État national, doit maintenir l'*unité* de *vie* et de *culture* dans cette personnalité éthique, collective, appelée la nation. Il doit d'abord en quelque sorte fixer son corps, la limiter dans l'espace sur un territoire; ensuite il doit veiller à ce que son âme puisse se développer en unité et en liberté dans tous les genres de culture, sans qu'une partie de ses facultés et de son action soit arrêtée dans son mouvement, mise en quelque sorte en possession d'un pouvoir extra-national. C'est encore par cette raison qu'un État ne doit pas s'engager par contrat (concordat, qui est aussi à rejeter formellement, p. 234) envers un pouvoir ecclésiastique, enchaîner le domaine religieux à une volonté immuable, et condamner peut-être par là à l'immobilité une partie si importante de l'organisme éthique, qui ne peut conserver sa santé morale et avancer dans la culture que par l'action combinée et l'échange de toutes les influences bienfaisantes dans tous les ordres de culture.

Tel est, au point de vue idéal, le but de l'État, dont les États civilisés modernes s'approchent de plus en plus, en rendant la liberté à des sphères sociales sur lesquelles ils

avaient fait peser trop longtemps leur curatelle et leur autorité administrative, et en mettant chaque sphère sociale dans de justes rapports avec tous les membres de l'organisme sociale. La théorie que nous venons d'établir fait voir que l'État n'est pas un État de droit abstrait, et qu'il n'est pas non plus, par son but direct, un État de culture ou un État d'humanité, mais qu'il est l'État de droit pour le but final de toute la culture humaine ou de l'humanité; c'est-à-dire qu'il est l'ordre spécial qui concourt à la réalisation de la destinée humaine par le moyen du droit, comme les autres sphères y coopèrent par leur but spécial. Par le droit, l'État met toutes les sphères de vie dans les justes rapports d'action, devient l'intermédiaire pour la communication de tous les biens généraux, et se présente ainsi comme le médiateur général de la destinée humaine.

Cependant ce but idéal peut être légitimement modifié dans la *réalité* historique, selon l'état plus ou moins avancé de la culture d'un peuple. Nous avons vu que dans des époques de l'enfance, soit d'un peuple en général, soit d'un domaine particulier de culture, l'État (comme dans d'autres époques, l'Église) a le droit d'exercer une *tutelle* et d'agir lui-même là où les forces propres d'une sphère de culture ne sont pas encore assez éveillées ou suffisamment instruites. Car la chose essentielle pour tout ordre social d'un peuple, c'est que les *fondements* et les *premiers* éléments de culture existent en général, et c'est seulement en second ordre que se présente la question de savoir par qui ces bases doivent être jetées et recevoir leur développement. L'État remplit donc un devoir de tutelle ou de curatelle, quand, à des époques de culture arriérée d'un peuple, il se fait non-seulement instituteur, mais agriculteur, industriel, commerçant, comme il peut aussi établir des lois protectrices pour des industries qui ne peuvent pas encore soutenir la concurrence avec l'étranger. Mais comme tout bon tuteur doit veiller à ce que le pupille apprenne, par une bonne éducation, à bien employer ses forces

et ses moyens pour l'état de majorité, l'État doit envisager tout ce qu'il entreprend dans un domaine de culture, en lui-même indépendant de l'autorité politique, comme un moyen d'*éducation*, et il doit tendre, non à prolonger inutilement la tutelle, mais à en abréger la durée[1].

§ 108.

DE L'ÉTAT ET DE LA SOCIÉTÉ HUMAINE DANS LEUR DISTINCTION ET LEURS RAPPORTS.

La théorie que nous venons d'établir sur le but de l'État fait aussi comprendre en général les rapports que l'État soutient avec la société ou l'ordre social tout entier. C'est principalement dans les temps modernes, et surtout en Allemagne, qu'on a commencé, dans l'intérêt de la liberté et de l'indépendance de sphères sociales retenues trop longtemps sous l'autorité politique, à distinguer entre l'État et la société avec ses diverses sphères ou classes, poursuivant des buts distincts de celui de l'État. En France, ce problème n'est pas encore nettement posé dans la science, quoique précisément dans ce pays le socialisme, né et nourri de l'identification de l'État et de la société, formulée par Rousseau dans son contrat social, ait dû éclairer avant tout sur les dangers d'une telle confusion.

En Allemagne, la première doctrine, exposée d'une manière plus incidente par Krause dans son idéal de l'humanité (*Urbild der Menschheit*, 1808), dépassait trop les opinions de

[1] A cet égard, M. St. Mill (*Principes d'économie politique*) dit très-bien: «Un bon gouvernement donnera son aide sous une forme telle qu'il encouragera et alimentera tout commencement d'effort individuel qui semblera se produire... Les secours du gouvernement, lorsqu'ils sont appliqués à défaut d'esprit d'entreprise de la part des particuliers, devraient être accordés de manière à présenter autant que possible un cours d'enseignement dans l'art d'accomplir de grandes choses au moyen de l'énergie individuelle et de l'administration volontaire.»

l'époque et resta inaperçue jusqu'à ce qu'elle eût été plus tard discutée plus récemment quant à son application pratique[1]. Depuis, d'autres doctrines ont été établies et quoiqu'il y ait encore des auteurs, surtout des jurisconsultes, qui ne veulent pas admettre de différence, le mouvement tendant à établir une différence entre l'État et la société ne s'est pas ralenti. La doctrine la moins satisfaisante et qui est même dangereuse est celle de Hegel et de son école qui considèrent l'État comme la tête de la société ou comme l'unité et l'ordre de toutes les sphères particulières, classes, corporations, qui en tant qu'elles seraient conçues dans leur état de distinction et d'agrégation atomistique, formeraient la société. Cette théorie tend encore à soumettre tout au pouvoir suprême de l'État, les confessions religieuses comme l'ordre économique; en ne distinguant pas entre le mode d'action de l'État et les forces spéciales agissant dans les diverses sphères sociales, elle peut être facilement exploitée dans l'intérêt du socialisme (Lassalle), parce qu'elle permet d'adresser à l'État des demandes que d'après son but il ne peut pas satisfaire. Une autre théorie assez superficielle ne veut voir dans la société que l'ensemble des sphères poursuivant des intérêts privés et considère l'État seul comme l'ordre public, quoique la position que les Églises chrétiennes ont toujours occupée dans l'ordre social ait dû faire comprendre l'existence d'institutions d'ordre public qui ne doivent pas être absorbées par le droit public de l'État. Une autre théorie (celle de M. de Mohl), réunissant quelques vues de Krause et de Hegel, envisage sous un juste rapport tout l'ordre social comme une série ascendante de sphères de vie depuis l'individu, la famille, la gent et la tribu, à travers la *société* conçue comme l'ensemble des divers genres de com-

[1] Autant que nous pouvons juger d'après des faits historiques, c'est notre «*Cours de droit naturel*» renfermant dans la première édition de 1839 la théorie du droit public, sur lequel M. R. de Mohl publia un article étendu dans les annales de Heidelberg (*Heidelberger Jahrbücher*, 1840), qui a donné une première impulsion à ces recherches.



munautés constituées par des intérêts communs de localité (commune), de profession, de classe, de nationalité, de religion, jusqu'à l'État ou le pouvoir central appelé à maintenir l'ordre, à écarter les obstacles et à favoriser le développement social. Cette théorie s'approche le plus de celle que nous avons developpée, mais elle a tort d'intercaler la société entre la famille et l'État, et de considérer celui-ci d'une manière trop mécanique seulement comme le sommet ou le pivot de l'ordre social. Car, de même que la société embrasse tous les ordres et degrés de la sociabilité humaine, de même l'État n'en est pas simplement la voûte, mais en est lui-même un ordre spécial s'engrenant avec l'ordre général, saisissant en quelque sorte de ses nerfs toutes les autres sphères sociales, en les pénétrant et en les ordonnant par les principes du droit.

La juste théorie, fondée sur le principe de l'organisation sociale, se résume dans les points suivants.

La société et l'État ne sont pas deux ordres juxtaposés et séparés. La société est l'ordre social complet, comprenant autant d'ordres spéciaux qu'il y a de buts principaux particuliers poursuivis dans ces différents ordres. La société est un système de buts organisés; pour chaque but principal il y a un ordre, un organisme particulier. L'État est l'ordre organisé pour le but du droit, comme l'Église l'est pour le but de la religion, comme l'ordre économique l'est pour le but du travail agricole, industriel et commercial, etc. Cependant cette diversité de buts ne sépare pas la société mécaniquement dans des ordres tout à fait distincts, comme cela a eu lieu dans le système des castes; chaque but saisit la société tout entière dans tous ses ordres, mais sous une face particulière, à un point de vue prédominant; de même qu'on peut distinguer dans l'unité de l'homme diverses faces de sa vie et de son activité et qu'il les doit cultiver tout en s'adonnant à une vocation prédominante, de même il y a lieu de distinguer dans l'unité de la société ces divers ordres dans

lesquels les buts, tout en étant aussi organisés pour des vocations spéciales, saisissent néanmoins par le bien qu'ils répandent, et pour lequel ils exigent le concours général, tous les membres des divers ordres. Tous les hommes appartiennent à l'ordre religieux, bien qu'il y ait aussi des fonctions et des organes spéciaux pour l'accomplissement de ce but; tous appartiennent, au moins comme consommateurs et comme distributeurs, à l'ordre économique; tous ont été instruits et doivent s'instruire sans cesse par les travaux de l'ordre de l'instruction, des sciences et des arts. De même tous appartiennent à l'ordre du droit, à l'État, bien que les fonctions principales de la justice exigent une organisation particulière. L'État est donc l'ordre organisé pour le droit, saisissant et embrassant pour ce but spécial la société entière; il est la société envisagée et organisée du point de vue et pour le but du droit. La société est donc un organisme complexe embrassant une variété d'organismes dans les divers genres et degrés de sphères que nous avons déjà fait connaître. L'intérêt qui s'attache au problème de la distinction de l'État d'avec la société, ne peut donc être satisfait par une séparation toute mécanique, mais par une distinction organique et faite d'après le genre spécial d'activité assigné à l'État. L'État et la société se trouvent d'abord dans le rapport organique de la partie au tout; ils se distinguent en ce que l'État est la formation et la forme juridique de la société, qui en est le fond, la substance, la matière. Aussi l'action de l'État est-elle, comme nous avons vu, (p. 332) essentiellement formelle, s'exprimant par une organisation de formes, par des lois impératives et prohibitives, qui s'adressent à la volonté causale de ses membres, par des impositions et distributions qui, tout en portant sur des objets matériels, sont encore formellement réglées d'après l'idée de la justice; et l'importance pratique du problème qui nous occupe consiste seulement à préserver ce qu'on appelle société des interventions directes des pouvoirs politiques, à faire respecter,

par les pouvoirs politiques, les lois propres, par lesquelles sont régis tous les ordres sociaux. D'après la théorie que nous avons exposée du droit comme but de l'État, nous avons pu dire en termes précis, que l'État et la société se trouvent dans les mêmes rapports que les nations de condition et de cause (p. 332), que l'action de l'État doit se borner à fournir au développement social tout ce qui en est une condition, sans jamais intervenir dans les causes et les forces propres qui, selon la diversité des buts, régissent les divers ordres sociaux.

Au premier aspect il paraîtrait cependant que la théorie que nous venons d'indiquer méconnait l'*unité* dont la société a besoin, qu'elle éparpille celle-ci dans une variété d'ordres et de sphères qui ne sont réunis par aucun principe commun. Cette théorie, il est vrai, ne produit pas l'unité en superposant l'État comme l'ordre dominateur au-dessus de tous les autres ordres, et, en rejetant cette conception renouvelée de l'antiquité, elle repousse également l'opinion qui veut placer l'Église au faîte de l'ordre social. Notre théorie établit d'abord une *égalité* de position pour tous les ordres sociaux particuliers, parce qu'elle les considère tous comme étant égaux par le but également digne qui est poursuivi par chacun d'eux; une Église même ne peut pas se prévaloir de son but spirituel pour prétendre à une supériorité, parce que tous les buts présentent à la fois une face divine et humaine et que le côté souvent très-humain se fait remarquer également pour une Église dans des tendances et des formes qui, malgré des prétentions à l'immutabilité, se sont toujours modifiées dans le mouvement social. C'est précisément à cause de cette position égale, que tout l'ordre social présente un système *fédératif* intérieur, dans lequel l'unité n'est pas constituée par la supériorité ou l'hégémonie d'un ordre particulier, mais par le concours de tous dans la *représentation* sociale, telle qu'elle doit être plus parfaitement organisée à l'avenir. D'ailleurs notre théorie ne prive l'État d'aucun des attributs essentiels qu'il possède

actuellement. De même que chaque ordre est un foyer dans lequel se reflètent à un point de vue particulier tous les rayons qui lui arrivent de tous les autres ordres, de même l'État est le centre et l'unité d'organisation du droit de toute la société: seulement l'État présente cette unité de la manière la plus visible, parce qu'elle fait refléter l'unité de personnalité d'une nation vis-à-vis d'autres nations dans l'espace sur un *territoire* dont les limites sont tracées par le droit public et international. A cause de la fixation de cette base matérielle, l'État paraît comprendre comme dans son domaine tout ce qui se trouve sur ce territoire, et sous le rapport du droit, son action s'exerce en effet dans toute l'étendue territoriale; mais au fond le territoire appartient à la nation dans les diverses sphères de propriété, et l'État a seulement la mission de le défendre. Toutes les sphères de vie et de culture qui se trouvent sur un territoire sont donc à envisager d'un double point de vue: elles sont *dans* l'État, en tant qu'elles sont soumises à l'action des pouvoirs d'État; elles sont *en dehors* de l'État, en tant qu'elles ont à suivre l'impulsion de leurs causes, forces et lois propres, de sorte, par exemple, qu'une Église est dans l'État pour ses rapports de droit, en dehors de l'État pour son action purement religieuse.

Cette théorie fait aussi comprendre la justesse de la distinction qu'il faut faire entre les sciences juridiques et politiques et les sciences sociales. La science de l'Église, la science de l'économie politique etc., ainsi que la science de la famille, de la commune etc., sont des sciences sociales, tandis que la doctrine traitant des rapports de l'État avec ces sphères de vie et de culture et de l'action que l'État peut justement exercer, est une science de droit public. Cette distinction tend également à faire mieux comprendre que les lois juridiques et politiques doivent se régler sur les rapports et d'après les lois que les sciences sociales ont pour mission de scruter et que l'État en général est toujours moins une cause qu'un produit de toutes les forces et lois de culture qui amènent

d'abord les changements dans l'assiette de la société et finissent par transformer l'ordre politique.

La théorie que nous venons d'esquisser n'est pas une abstraction et une simple formule de ce qui existe; sans amoindrir l'importante mission de l'État, elle fait comprendre les bonnes tendances du mouvement social vers la constitution plus indépendante de sphères sociales retenues trop longtemps sous la tutelle politique.

§ 109.

DU POUVOIR DE L'ÉTAT ET DE SES DIVERSES BRANCHES.

Le mouvement politique moderne présente une vive lutte engagée sur la possession et la juste constitution du pouvoir public et de ses diverses fonctions. L'expérience que les peuples ont acquise sous les divers règnes de l'absolutisme et du gouvernement personnel a mis en évidence cette vérité que le droit, tout en étant distinct de la puissance ou de la force, ne peut trouver une garantie efficace que dans une participation au pouvoir public accordée à ceux qui ont à faire valoir des droits publics. Le pouvoir doit donc se joindre au droit pour que celui-ci ne devienne pas impuissant dans la main de ceux pour lesquels il est constitué. Toutefois après les errements de l'absolutisme qui détachait le pouvoir de la nation, pour le concentrer en lui-même, il importe de ne pas s'engager dans la fausse route opposée, en détruisant toute position digne et indépendante du pouvoir public, et en le soumettant entièrement aux fluctuations et aux passions de l'opinion publique. La théorie organique évitera également ces deux écueils.

Par rapport au pouvoir de l'État, on peut distinguer quatre théories principales. La première est la théorie de l'*unité absolue* de *puissance*, développée particulièrement dans le droit *impérial* de Rome, restaurée à l'aide du droit romain par l'ab-

solutisme de Louis XIV, transformée en absolutisme démocratique par Rousseau, et qui a reparu encore une fois à notre epoque dans diverses formes de l'impérialisme. Dans toutes ses formes le principe fondamental est le même, bien qu'il soit peut-être entouré, dans la pratique, de l'apparence de quelques formes constitutionnelles à la manière de l'impérialisme romain, qui laissait aussi subsister dans leur impuissance le sénat, le tribunat, etc. L'impérialisme, partout où il se montre, avilit l'homme, parce qu'il tend à supprimer la raison et la liberté là où elles doivent se faire valoir, et il ne peut être vaincu que par le réveil du sens moral, du sentiment de la dignité humaine et du véritable honneur national.

La seconde théorie est la théorie mécanique de la *division* des pouvoirs, d'après laquelle les principaux pouvoirs bien distingués entre eux doivent se mouvoir chacun dans une sphère indépendante et séparée et être maintenus en juste équilibre. Cette théorie d'après laquelle on admettait ordinairement trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, a été propagée par Montesquieu, qui croyait l'avoir tirée de la pratique constitutionnelle de l'Angleterre. Mais la constitution de ce pays ne connaît pas une pareille séparation des pouvoirs, puisque le roi est une partie intégrante du parlement (*caput et finis parliamenti*) qui se compose du roi, de la chambre des lords, et de celle des communes.

Mais comme la théorie de Montesquieu, adoptée même en Angleterre (Blackstone), ne répondait pas à la réalité politique qui présentait dans le pouvoir royal plus qu'un pouvoir purement exécutif, on se vit forcé de la compléter par la théorie de la *prérogative royale*, inutile quand on comprend bien le pouvoir gouvernemental de l'État. La lacune, laissée par cette théorie, devait apparaître à la première application pratique. Aussi voyons nous qu'en France déjà, pendant la première révolution, Clermont-Tonnerre et plus tard B. Constant cherchaient à la combler par la doctrine d'un qua-

trième pouvoir, appelé pouvoir royal, et en Allemagne on ajoutait généralement aux trois pouvoirs un pouvoir *inspectif*, qui est également compris, comme nous verrons, dans la juste notion du pouvoir *gouvernemental*, tel qu'il existe dans la démocratie aussi bien que dans la monarchie[1].

La troisième théorie, qu'on peut appeler la théorie de la *limitation* du pouvoir, a été particulièrement établie par des jurisconsultes en Allemagne qui ont voulu déterminer la nature du pouvoir politique d'après l'analogie du pouvoir de propriété. De même, dit-on, que le pouvoir de propriété est un, plein et entier dans la virtualité de son essence et ne peut être limité que dans son *exercice* par des droits particuliers comme les servitudes, de même le pouvoir public reste en plénitude à celui qui le possède, et une représentation du peuple ne peut le limiter que dans son exercice. Cette théorie est encore une conséquence des erreurs répandues par le droit romain qui n'a compris nulle part le concours organique positif de plusieurs personnes ou parties, ni dans la possession et la propriété, ni dans l'exercice du pouvoir public, car, dans le droit public de Rome, le tribunat fut créé seulement pour la fonction négative du veto. Mais le régime constitutionnel repose essentiellement sur le concours *positif* à toute l'œuvre législative et exige même qu'une *initiative* soit accordée à la représentation aussi bien qu'au gouvernement.

La quatrième théorie est la doctrine *organique*[2], qui répond aussi le mieux à toutes les justes exigences de la vie pratique.

D'après cette théorie, le pouvoir est *un*, plein et entier dans sa source, qui se trouve dans la vie de la personnalité

[1] B. Constant dit dans son *Cours de politique constitutionnelle*: «On s'étonnera de ce que je distingue le pouvoir royal du pouvoir exécutif. Cette distinction, toujours méconnue, est très-importante, elle est peut-être la clef de toute organisation politique. Je n'en réclame pas l'honneur, on en trouve le germe dans les écrits d'un homme fort estimé qui a péri durant nos troubles.»

[2] Nous avons développé cette théorie plus en détail dans notre «Doctrine organique de l'État» (*Organische Staatslehre*. Wien, 1850).

collective de la nation et constitue ici la souveraineté nationale; à cet égard on peut dire avec raison que tous les pouvoirs émanent de la nation; ce pouvoir souverain général peut aussi entrer en action et devenir le pouvoir régénérateur, quand, par exemple, un organe disparaît, qu'un roi est détrôné, qu'une dynastie s'éteint.

Toutefois cette puissance pleine et entière de la nation, d'ailleurs soumise, comme tout pouvoir, aux principes objectifs du droit, ne reste pas une unité fondamentale indistincte, mais s'organise, comme toute vie, dans des fonctions et organes particuliers, nécessaires pour la vie et l'action politique. Or, toute vie se manifeste en trois modes principaux d'action intimement liés entre eux et néanmoins à distinguer et à organiser en indépendance relative; il y a d'abord une action qui représente l'*unité* de vie, d'impulsion et de distinction; il y a ensuite un type et des *lois* qui président à tout développement, et il y a enfin la *formation* effective et constante de la vie sous la direction unitaire et selon les lois dans leur exécution. Ces trois faces et modalités d'action, que chacun peut aussi constater dans sa vie individuelle, doivent recevoir dans la vie sociale une organisation par des pouvoirs *distincts* et pourtant liés entre eux. Il y a donc dans l'État une fonction ou un pouvoir *gouvernemental*, dont les fonctions particulières consistent essentiellement à donner l'impulsion et la direction à la vie publique, à inspecter, à surveiller le mouvement social, à se tenir au courant de ses besoins, à exercer l'initiative dans la législation et dans l'administration, à représenter l'État en unité dans les relations internationales et à rester le point d'union et le *lien* pour tous les autres pouvoirs et leurs principales fonctions. Pour ce dernier but important, le gouvernement doit participer à la législation par l'initiative et par la sanction des lois, comportant au besoin un veto, soit absolu, soit au moins suspensif; de même le gouvernement inspecte et surveille la fonction judiciaire et dirige directement l'administration. Le second pou-

voir est le pouvoir *législatif* qui peut se manifester sous deux formes, comme pouvoir *constituant* par rapport aux lois et les institutions fondamentales, et comme pouvoir *législatif* formulant les principes généraux destinés à régler tous les rapports ou un genre particulier de rapports entre les citoyens. Le pouvoir *exécutif* enfin se divise en fonction ou pouvoir *judiciaire* et en fonction *administrative* proprement dite (voir la deuxième division).

Cette distinction fait mieux comprendre la nature et la juste position du pouvoir gouvernemental, que les autres théories n'ont pas reconnue, parce qu'elles n'ont pas saisi la vie dans son premier principe, le *punctum saliens* de toute organisation qui se manifeste dans toute vie individuelle et sociale. La distinction ordinaire en pouvoir législatif et pouvoir exécutif méconnaît précisément ce principe initial qui donne et maintient l'impulsion dans toute vie et en exécute les lois. De plus les principes auxquels d'autres ont cherché à ramener la division des pouvoirs sont également insuffisants. Ce ne sont ni des principes psychologiques, comme le voulait Locke, telle que la raison ou l'entendement (pouvoir législatif) et la volonté (pouvoir exécutif), ni des principes logiques, comme le voulait Kant (proposition majeure — pouvoir législatif; proposition mineure — pouvoir judiciaire; conclusion — pouvoir exécutif), qui puissent faire comprendre la nature de ces pouvoirs, parce que ces facultés et ces opérations logiques de l'esprit sont nécessaires dans tous les pouvoirs constitués par les trois modes principaux de manifestation de toute *vie*.

Quant aux rapports des pouvoirs avec la vie nationale, il y a trois modes principaux de les constituer. Les pouvoirs peuvent être détachés complètement de la vie nationale comme dans l'absolutisme et l'État bureaucratique des fonctionnaires; ou ces pouvoirs ne sont pas encore constitués en organes distincts, et sont directement exercés par le peuple comme dans les démocraties primitives; ou un rapport organique est établi de manière que tous les pouvoirs constitués sont sans cesse

retrempés dans la vie nationale et exercés tous par une participation de la nation (voir plus en détail § 111).

Après avoir examiné la nature du pouvoir, nous avons à en déterminer l'attribut le plus saillant, la souveraineté.

§ 110.

DE LA SOUVERAINETÉ.

La souveraineté a eu le même sort que le pouvoir public en général; elle a été confondue avec l'omnipotence, l'absolutisme, et *centralisée*, au lieu d'être conçue organiquement et répartie entre les divers domaines de l'ordre social. Cependant la conception organique est d'accord avec le vrai sens du mot. Bien des théories, il est vrai, ont été établies sur la nature de la souveraineté, mot vague (né du latin du moyen âge, de *superioritas*, *superanus*) et prêtant facilement à des acceptions arbitraires. Cependant selon son véritable sens, le mot désigne un pouvoir qui décide dans son domaine en dernière instance, sans être soumis à cet égard à une autorité supérieure. Dans ce sens on parle avec raison de la cour souveraine qui en justice décide en dernier ressort. Or, comme l'ordre social est un ensemble organique de sphères de vie, dont chacune doit, en vertu de son autonomie, décider en dernier ressort sur un certain genre de rapports laissés à sa compétence, chaque sphère de vie est souveraine à son degré et dans son genre. Cette acception de la notion de souveraineté n'était pas étrangère à l'époque du moyen âge qui présenta un mode particulier d'organisation sociale. En effet dans la hiérarchie féodale, la souveraineté fut encore attribuée au dernier membre. « Chacuns barons », dit Beaumanoir (XXXIV, 41), « est sovrains en sa baronie. Voirs est que le rois est sovrains par desor tous. » Ce qui est dit ici du baron s'applique aujourd'hui à toute personnalité libre. Chaque homme est souverain dans le domaine d'action où il décide en dernière instance

sans être responsable envers une autorité supérieure; il en est de même de la famille, de la commune, pour tout règlement et toute action exécutés dans leur compétence; de même une Église est souveraine pour toutes les affaires purement religieuses, quoique, bien entendu, dans une Église chaque croyant possède à son tour son autonomie dans le droit de régler sa vie religieuse selon sa conscience; enfin l'État, de son côté, indépendant de l'Église et de tous les ordres de culture, est souverain pour le règlement de tous les rapports appartenant à l'ordre du droit. Et tous ces degrés et genres de souveraineté sont organiquement liés et unis par la souveraineté *nationale*, qui comprend organiquement toutes les autres souverainetés, ne les absorbe pas dans une unité abstraite, mais les respecte dans leur domaine et les appelle toutes à coopérer à l'exercice direct ou indirect de la souveraineté dans l'action de tous les pouvoirs.

La souveraineté, étant un attribut de pouvoir, compète toujours à une personne individuelle ou collective, agissant en dernier ressort. Comme les États sont aujourd'hui généralement des États nationaux, la souveraineté nationale dans un État, soit plus unitaire, soit plus fédératif, forme aujourd'hui le degré le plus important et doit être déterminée d'une manière plus précise.

La souveraineté de la *nation* est d'abord à distinguer de la souveraineté du *peuple*. La différence n'est au fond qu'historique à cause de l'acception différente dans laquelle ces deux notions ont été prises. Par nation on entend le peuple dans son unité et son organisation intérieure, tandis qu'on comprend généralement par peuple, la nation dans la *masse* des individus; l'une est une conception organique, l'autre une conception atomistique du même sujet. La souveraineté de la nation exprime la grande vérité que la nation dans l'organisme et l'action regulière de ses pouvoirs constitués décide en dernier ressort des affaires concernant la nation toute entière, tandis que la souveraineté du peuple, placée dans la masse, dans le nombre,

[illegible]

[illegible]

[illegible] deux grands partis, [illegible] se distinguaient à cet égard en ce que les premiers, repoussant en principe l'esclavage, ne voulaient pas admettre que dans de nouveaux territoires l'esclavage pût être introduit par la souveraineté de la majorité, tandis que le parti démocratique en appelait à la souveraineté du nombre. Comprenant les dangers d'une telle souveraineté et la nécessité de la soumettre à des principes supérieurs, plusieurs hommes politiques éminents (Royer-Collard, Guizot et d'autres) ont voulu transporter la souveraineté elle-même dans une sphère idéale et la placer dans la raison, la vérité, la justice. Cependant la souveraineté, exprimant un mode d'action de la volonté, compète toujours à des personnes vivantes, individuelles ou collectives; bien qu'il soit de la plus haute importance de comprendre qu'elle doit être exercée, comme toute volonté, selon les principes de la raison et de la justice.

§ 111.

DES TROIS CONCEPTIONS FONDAMENTALES TOUCHANT LE RAPPORT DE L'ÉTAT ET DU POUVOIR POLITIQUE AVEC TOUTE LA VIE NATIONALE.

L'État, l'ordre de droit, réunit en lui les deux faces qui distinguent tout ce qui est humain, une face éternelle et temporelle, une face divine et humaine; par l'idée du droit, fondé dans la nature à la fois finie et infinie, imparfaite et perfectible de l'homme, l'État est aussi dans l'ordre divin de la création un ordre divin particulier, une institution, une fondation divine par l'idée et pour la fonction impérissable du droit, et en même temps il est une communauté formée et sans cesse perfectionnée par la liberté humaine. L'État est donc également pénétré d'éléments divins et humains, des principes et des lois de nécessité et de liberté. L'État lui-même est un devoir à accomplir par le libre vouloir. Les lois nécessaires et divines du développement des nations et de l'humanité forment le cadre pour l'évolution de la liberté et la dernière limite pour ses aberrations. L'État doit donc être considéré à la fois comme un ordre divin et comme un ordre humain. De plus l'État forme dans le grand organisme de culture de l'humanité un organisme spécial, constituant un tout vivant dans lequel le centre ou le pouvoir central doit rester dans une liaison intime d'action et d'influence réciproque avec toutes les parties. L'État n'est donc ni une unité ou un pouvoir abstrait, séparé de la totalité vivante de ses membres, ni un simple produit, sans cesse changeant, de leur volonté; il doit être constitué d'une manière forte dans son pouvoir central, mais appeler toutes les parties à concourir à l'exercice de tous les pouvoirs particuliers.

Ces deux points de vue principaux doivent être réunis en une unité supérieure pour la vraie conception éthique et organique de l'État; cependant, jusqu'à présent, ils n'ont trouvé qu'une application plus ou moins exclusive dans deux théories

[illegible]

1° La première théorie repose sur une donnée abstraite: elle considère l'État dans le pouvoir, en absorbant tout dans l'unité suprême de volonté et de puissance, et ensuite elle détache l'État lui-même de la nation, en fait une personnalité juridique ou civile dans le sens du droit romain (§ 164), qui dans son unité est seule investie de tous les droits. C'est la théorie de l'unité et de l'omnipotence du pouvoir ou de l'absolutisme qui peut encore s'étayer de différents principes empruntés à l'ordre religieux ou humain. La plupart du temps, l'absolutisme aime à s'entourer d'une auréole religieuse en attribuant une fondation ou une institution divine, moins à l'État tout entier, qu'au pouvoir, à l'autorité qu'il fait seule dériver de Dieu. A Rome, les jurisconsultes justifiaient l'absolutisme impérial, dont la volonté faisait loi, par la *lex regia*, d'après laquelle le peuple eût transféré tout son pouvoir au prince[1]. Par une loi pareille l'absolutisme fut aussi fondé en Danemark par suite de la haine du peuple contre l'aristocratie, et dans les temps modernes le suffrage universel a été appelé à jouer un rôle semblable pour faire établir un pouvoir personnel, presque absolu, couvert seulement de quelques dehors de formes représentatives. C'est Hobbes (t. I, p. 27), qui le premier indiqua la voie, pour faire anéantir par le peuple lui-même, par l'exercice d'un premier et dernier acte de souveraineté, dans le contrat social, toute liberté, et faire établir l'absolutisme du pouvoir; ce Léviathan, qui selon Hobbes,

[1] Ulpien en l. 11 *pr. de const. princ.* dit: Quod principi placuit, legis habet vigorem, utpote cum lege regia quæ de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.

doit dévorer la volonté et les droits de tous. Dans les derniers temps, en Allemagne, la doctrine de Hegel sur la toute-puissance de l'État, «du Dieu présent», prépara le chemin à la théorie de quelques jurisconsultes romanistes qui ont voulu fonder tout le droit public sur le principe romain du pouvoir de volonté ou de domination, et qui devaient conséquemment arriver à concentrer tout droit dans le pouvoir public et dans son organe. Ces diverses théories de l'absolutisme du pouvoir ont été en général toujours l'expression de certaines tendances de l'époque, de l'instinct de domination, qui s'est emparé de l'esprit des princes ou des masses; elles sont généralement un signe évident que le sens moral du droit s'est obscurci avec les autres idées et sentiments des choses divines. Car quand la puissance absolue des principes divins s'affaiblit dans la conscience, dans la vie, un pouvoir humain absolu se met à sa place; le spiritualisme du droit cède au matérialisme de la force, Dieu à une idole; l'Orient et Rome avec Byzance se donnent la main, pour avilir, déshonorer un peuple, et en briser tous les ressorts moraux. Un courant d'absolutisme a saisi plus ou moins la vie de tous les peuples modernes, parce que partout on peut constater une recrudescence du matérialisme ou de l'athéisme, et on devrait sans doute se résigner à voir paraître une époque semblable à l'impérialisme romain, s'il n'y avait de fortes raisons d'espérer que des peuples chrétiens, ayant déjà accumulé par le travail des siècles un grand capital moral, se retremperont dans les bons souvenirs, dans la conscience bien vive du mal moral et politique dont ces doctrines sont la cause, et que des idées plus justes se repandront sur la nature et le but de l'État, par la doctrine qui a son fondement dans la conception éthique et organique du droit et de l'État.

2° La seconde conception fondamentale de l'État est formulée par la théorie de l'*association* et du *contrat social*, qui, à l'inverse de la première, présente l'État comme un produit de convention de la masse des individus, et le pou-

voir public comme un simple mandat que le peuple peut sans cesse modifier et au besoin révoquer. Cette théorie, que nous avons déjà rencontrée et discutée dans la doctrine du contrat social (p. 318) et de la souveraineté du peuple (p. 366), fait de l'État une institution arbitraire des hommes, affaiblit le pouvoir, en lui ôtant, avec une position relativement indépendante, la stabilité et la dignité, et soumet son action aux caprices et aux passions du jour, à la souveraineté du peuple.

Ces deux théories sont les deux extrêmes qui, comme toujours, se touchent par un point important, se provoquent l'une l'autre et se relayent souvent dans la vie politique; elles sont en quelque sorte les membres disjoints *(membra disjecta)* du corps sain de la doctrine organique, qui réunit en unité supérieure la volonté du pouvoir central avec la volonté régulièrement exprimée pour la bonne action organique de l'État. Ces deux théories ont trouvé leur formule scientifique dans le droit romain, par la théorie de la *personne* juridique ou civile (comme *universitas personarum*, t. I, p. 188) et de la *société*. Elles ont reçu leur principale application alternante en France et ont fini par constituer ici un cercle vicieux, dans lequel le mouvement politique tournera aussi longtemps entre l'absolutisme personnel plus ou moins mitigé et l'absolutisme démocratique, jusqu'à ce qu'il soit brisé par la propagation d'une juste doctrine organique.

Ces deux théories peuvent du reste se rencontrer, avec quelques modifications, dans la conception et le mode d'établissement de toutes les institutions sociales. C'est ainsi que l'Église romaine s'est constituée d'après les principes de la première théorie; à l'instar de l'État qui, par le pouvoir absolu et la hiérarchie de ses fonctionnaires, s'est détaché de la nation, cette Église, dans la hiérarchie cléricale, s'est détachée des fidèles, en les excluant de toute participation aux affaires ecclésiastiques; le mouvement contraire s'est produit à la suite de la réforme religieuse qui, en donnant la qualité de

prêtre à chaque fidèle, considérait les pasteurs comme des fonctionnaires tirant leur mandat de la communauté. Ce mouvement (amenant en Écosse l'établissement du presbytérianisme) fut cependant arrêté, et c'est seulement de nos jours qui se manifeste, dans une plus juste direction, la tendance vers l'établissement du système représentatif dans l'ordre religieux par l'introduction du système synodal, système représentatif qui, tôt ou tard, doit aussi transformer la constitution de l'Église romaine pour le vrai bien de la religion et pour sa conciliation avec tous les justes intérêts de la culture sociale.

3° La troisième conception fondamentale de l'État, la *théorie éthico-organique*, est formée par les principes indiqués plus haut, et développés déjà sous divers points de vue dans d'autres matières. D'après cette théorie, pour la résumer brièvement, l'État, dans son idée et son existence générale, est une institution divine et en même temps une mission et un problème pour la liberté humaine; il n'est pas une création arbitraire, mais le produit de lois, en partie nécessaires, en partie libres, de tout le développement historique d'un peuple; il n'est pas le fait d'une génération, mais il forme et doit maintenir le lien entre toutes les générations, conserver tout le capital de culture acquis du passé pour le faire fructifier et pour le transmettre aux générations futures; il est à la fois une puissance de conservation et de progrès, en réformant la vie politique selon les idées qui ont été mûries par la discussion, et en tenant compte des mœurs dans lesquelles s'exprime le mieux la continuité historique. L'État est un ordre particulier de l'ordre social, mais en rapport organique avec toute la vie de culture dont tous les nerfs d'action et de réaction trouvent aussi un centre d'union dans les pouvoirs de l'État. Quant au rapport le plus important existant entre le pouvoir central dans ses diverses fonctions et le tout de la nation, la théorie organique considère le premier comme l'organe central suprême, inhé-

rent à l'organisme et ayant la raison de son existence, non dans une volonté arbitraire, dans un mandat, etc., mais dans la nécessité de la fonction qu'il remplit, comme un organe enfin susceptible d'être diversement constitué au sein d'une nation, mais ayant certains droits essentiels que la volonté constituante ou législative d'une nation doit toujours respecter. Une nation s'honore elle-même en garantissant au pouvoir public une position digne, assez indépendante, et douée d'assez de force pour pouvoir résister aux entraînements du jour, pour prémunir la nation contre les imprudences que des passions excitées peuvent lui faire commettre. D'un autre côté, le pouvoir ne plane pas comme une providence infaillible au-dessus de la nation, il est encore moins un levier purement mécanique par lequel la machine politique ait à recevoir toute son impulsion; le pouvoir n'est que l'organe central, attaché par tous les nerfs à toutes les parties de l'organisme national, restant partout en contact avec tous les centres de vie intérieurs, subissant les influences qui se réunissent dans la conscience publique, pour recevoir une expression légale dans la représentation générale. Un pouvoir, au contraire, qui se détache de la vie d'ensemble et repousse un contrôle efficace, de la hauteur isolée où il se place, à distance et comme suspendu dans le vide, sera facilement pris du vertige politique, et son isolement de la vie nationale lui fera souvent commettre des fautes qu'une espèce d'aliénation mentale peut seule expliquer. L'impérialisme romain sera toujours le type le plus complet d'un tel pouvoir. La conception organique de l'État exige, au contraire, que les rapports intimes qui existent entre le pouvoir et toutes les parties de la vie nationale soient légalement organisés par le *concours* de la nation à l'*exercice* de tous les pouvoirs particuliers de l'État. Ce concours, qui ne peut être qu'*indirect* pour le pouvoir gouvernemental, représentant éminemment l'unité et subissant seulement les influences du corps représentatif, doit être *direct* pour les divers groupes de la nation, par la

participation non-seulement au pouvoir législatif, mais aussi au pouvoir exécutif, à la fonction judiciaire, surtout par le jury, et à la fonction administrative dans toutes les branches. Enfin la conception organique assigne aux fonctionnaires eux-mêmes une juste et digne position dans l'organisme politique. Ils ne sont pas de simples instruments de la volonté du pouvoir ou de la volonté souveraine du peuple; quoiqu'ils soient nommés ou élus par l'un ou l'autre des pouvoirs, ils ont leur raison d'existence dans le but et la fonction correspondante qu'ils remplissent; ils sont les fonctionnaires, non d'un pouvoir arbitraire, mais de l'être moral de l'État, et ils régleront leur action en premier lieu d'après les devoirs qui leur sont imposés par la nature de leur fonction et déterminés par les lois et les règlements que les ordres ou les commandements émanant de fonctionnaires supérieurs ne doivent pas contredire. Aussi les principes organiques d'une bonne administration demandent-ils pour les fonctionnaires une position digne et assurée vis-à-vis du pouvoir central et de la nation, des lois qui règlent la nomination, l'avancement et la démission des fonctionnaires, non seulement des juges, mais aussi des membres de l'administration (comme cela a été généralement établi dans les États allemands, par le règlement du service, *Dienstpragmatik*). D'après la doctrine organique, les rapports du pouvoir avec la nation et avec les fonctionnaires eux-mêmes ne sont donc pas conçus en premier lieu comme des rapports de domination et de sujétion, comme le veut la première théorie, mais comme des rapports réglés par des principes objectifs du droit, par des lois concertées entre le pouvoir et la représentation nationale. La doctrine organique réunit donc, par une vérité supérieure, les vérités partielles des deux théories opposées; elle reconnaît, comme la première théorie la personnalité juridique éternelle de l'État, constituée par et pour son but éternel, se manifestant dans la permanence des pouvoirs et institutions essentielles, formant le lien entre

les générations et ayant aussi, dans le pouvoir central, une volonté à elle; mais elle ne sépare pas cette personnalité de la nation, elle ne la considère pas comme une espèce de fondation s'administrant elle-même, et dont les bénéficiaires n'ont qu'un usage précaire, sans avoir un véritable droit; au contraire, l'État avec tous ses pouvoirs est placé dans le courant de la vie nationale, pour être sans cesse transformé sur le type général permanent, par la liberté humaine [1].

§ 112.

DES DIVERS MODES D'UNION DES ÉTATS.

A part des alliances internationales passagères que des États peuvent contracter pour des buts de défense, de sécurité, de guerre, etc., ils peuvent aussi former des unions politiques, dans lesquelles plusieurs États sont soumis à une autorité politique commune. D'après la nature du lien qui est établi par suite de cette autorité, on distingue d'abord des unions *personnelles* et des unions *réelles*.

Les unions personnelles ne peuvent avoir lieu que sous la forme monarchique, parce que la personne du prince forme le ciment et l'autorité commune pour ces États. Les opinions varient cependant sur la manière dont il faut déterminer le caractère de l'union personnelle. Mais quand on veut le fixer d'une manière juridique précise, il n'y a qu'un seul principe qui permette de distinguer nettement l'union personnelle de l'union réelle, c'est l'identité ou la diversité de la loi de succession; elle n'est pas absolument la même pour les États

[1] Dans un Cours approfondi du droit public, il y aurait encore à traiter des rapports de l'État avec le pays ou le *territoire*, considéré selon le climat, la position géographique et toutes les influences importantes pour la vie politique d'un peuple, et ensuite des rapports de l'État avec la *nationalité*, sous le rapport du principe de nationalité et du caractère national. A ce dernier égard, des principes généraux ont été précédemment établis (p. 308).

d'union personnelle, de sorte que la personne du prince n'est la même qu'accidentellement, pour un temps plus ou moins long, mais non pas nécessairement. La diversité dans la loi de succession réside généralement en ce que l'un des États, uni personnellement avec un autre, n'admet pas la succession des femmes, de sorte que si, dans ce dernier pays, une femme succède, l'autre pays s'en détache, en appelant, selon la loi, un prince mâle à la succession. Une pareille union personnelle existait, par exemple, entre l'Angleterre et le Hanovre, jusqu'à l'avénement de la reine Victoria, en 1837; entre le Danemark et le Schleswig-Holstein (les derniers pays n'admettant que la succession agnatique), jusqu'à la mort de Frédéric VII, 1863. De pareilles unions personnelles ont perdu leur raison d'existence dans les temps modernes, où les intérêts des peuples suivent un cours plus naturel, et connaissent des liens plus intimes que ceux formés par la personne fortuite d'un prince commun. Une union réelle, au contraire, existe partout où, dans des États unis, la même loi de succession appelle toujours la même personne au trône.

Par cette raison, il y a union réelle entre l'Autriche et la Hongrie, depuis la sanction pragmatique de 1713, adoptée par la diète de Hongrie, en 1722, et établissant une loi identique de succession; il en est de même de l'union entre la Suède et la Norvége, depuis 1814. Ces deux dernières unions ont été souvent envisagées comme des unions personnelles, à cause de l'administration presque entièrement distincte entre les pays unis; mais quand le principe d'union permanente se trouve établi entre des États, la force de ce principe, appuyé des intérêts communs économiques, moraux, etc., amènera tôt ou tard une plus grande communauté dans les institutions et l'administration.

Les unions d'États les plus importantes envisagées, non en vue d'un monarque, mais en vue des États eux-mêmes, sont la *confédération* d'États et la fédération d'États, ap-

pelée mieux *État fédératif (Bundesstaat).* De notables différences existent entre ces deux formes. Dans l'histoire, la confédération, constituée par des liens moins forts entre les divers États, précède généralement l'union plus forte et plus intime de l'État fédératif. C'est ainsi que les cantons suisses ont été unis pendant des siècles par une confédération qui, en 1848 seulement, a été transformée dans un État fédératif. De même, en 1776, 13 colonies de l'Amérique du Nord s'unirent d'abord en une confédération d'États, qui, par la convention de Philadelphie en 1787, fut changée en un État fédératif. C'est cette union américaine qui est devenue un vrai type modèle d'un État fédératif; elle n'est pas le produit d'une théorie préconçue, mais d'un bon sens politique, guidé instinctivement par de vrais principes organiques. L'État fédératif, ainsi que la confédération d'États, peut sans doute subir diverses modifications, selon toutes les conditions de la vie réelle d'un peuple; mais il y a certaines différences fondamentales qui permettent de distinguer ces deux formes sous des points de vue essentiels. La première différence fondamentale consiste en ce que, dans une confédération, les États sont seulement unis, *du côté du pouvoir*, par une autorité commune dont l'action ne s'étend qu'aux buts et aux objets déterminés par le contrat d'union; tandis que, dans l'État fédératif, les États sont *directement* unis, non-seulement du côté du pouvoir, mais aussi du *côté du peuple*, de sorte que le peuple obtient une représentation directe dans la gestion des affaires communes et principalement dans la législation. La seconde différence, intimement liée avec la première, consiste dans une construction vraiment organique des rapports entre les diverses parties, et se reflétant principalement dans la représentation. Comme les États particuliers constitués en État fédératif ne sont pas de simples agglomérations d'individus, mais forment chacun un tout politique distinct, il s'ensuit qu'il doit y avoir une double représentation, celle du peuple des divers États et celle des États comme membres ou comme

individualités politiques distinctes. La représentation fédérative se divise donc naturellement, sans aucune distinction artificielle, en deux assemblées composées, l'une des représentants élus directement par le peuple, l'autre (le Sénat aux États-Unis, le Conseil d'états, *Ständerath*, en Suisse) de membres élus par les assemblées législatives des États particuliers; et tous les États étant, comme personnes politiques, des membres égaux, chaque État, grand ou petit, est représenté (aux États-Unis comme en Suisse) par le même nombre de membres nommés par les assemblées législatives des divers États. C'est cette disposition, assurant à chaque État comme tel une représentation, qui forme le trait le plus saillant et le plus heureux de toute l'organisation fédérative. Dans l'État fédératif, il y a donc un pouvoir central, à la fois gouvernemental, législatif et exécutif, et chaque État-membre possède également ces pouvoirs politiques, de sorte qu'il n'y a pas partage de pouvoir, mais seulement distinction de matières ou d'objets, sur lesquels les deux genres de pouvoirs s'exercent, les objets communs étant réservés au pouvoir central, les autres aux États particuliers. Mais ce qu'il importe encore de remarquer, c'est que chaque État récupère ce qu'il a perdu par sa participation efficace à la gestion des affaires communes, de sorte que chaque État-membre reste aussi une individualité politique complète, et que les droits du tout sont aussi les droits de chaque membre qui prend part à leur exercice. Par cette raison, on ne peut pas attribuer, comme le veulent quelques auteurs, aux États particuliers une mi-souveraineté, parce que la souveraineté ne se laisse pas diviser d'une manière quantitative, et parce que chaque État est souverain dans son domaine et qu'il prend part à l'exercice de la souveraineté du tout. Il ne suffit pas non plus de dire que dans un État fédératif il y a un véritable pouvoir politique, et que dans une confédération construite selon le principe de la société il y a seulement une autorité ou direction sociétaire; parce que le

pacte d'une confédération peut aussi consacrer en principe l'éternité de l'union (comme pour la confédération germanique, dissoute en 1866): ces différences que nous venons d'établir permettent de séparer l'État fédératif de la confédération d'un côté, et d'un État plus unitaire d'un autre côté. Dans ce dernier État, le pouvoir central est non-seulement plus fort, mais encore il ne reconnaît pas, sous le rapport politique et représentatif, les grandes individualités qu'on appelle les provinces. Aussitôt qu'un État consacre une plus grande autonomie des provinces par une représentation particulière (comme, par exemple, en Hollande depuis 1847), il se rapproche d'un État fédératif.

L'État fédératif n'existe jusqu'à présent que dans la forme démocratique ou républicaine[1]; la forme monarchique oppose sans doute plus de difficultés; elles ne paraissent cependant pas insurmontables, quand les conditions essentielles se trouvent dans le caractère et l'esprit fédératif d'une nation et dans les bonnes intentions fédératives dont sont animés les divers gouvernements. D'ailleurs, un État monarchique peut lui-même réaliser, dans son intérieur, les conditions essentielles d'un État fédératif, en constituant ses grandes provinces sur une large base d'autonomie, en appelant chacune d'elles à une représentation spéciale dans une première Chambre,

[1] La fédération du Nord de l'Allemagne n'était pas un État fédératif; c'était une union toute particulière, sous l'hégémonie de la Prusse, qui formait à elle seule les trois quarts de la population unie. Outre bien d'autres conditions, il lui manqua, pour être un État fédératif, la représentation d'États dans un Sénat ou première Chambre; c'était seulement le Conseil fédéral qui se composait de délégués des gouvernements, dont chacun avait un nombre de votes, du reste très-inégal. L'empire allemand, tel qu'il a été rétabli en 1871, n'est pas tout-à-fait non plus un État fédératif selon le modèle indiqué ci-dessus. Le pouvoir central, représenté par l'Empereur, n'est pas un produit commun des votes des populations réunies dans l'empire, mais une institution héréditaire (ce qui répugne en certain sens à la nature de l'État fédératif modèle); le Conseil fédéral *(Bundesrath)* n'est pas seulement un des pouvoirs législatifs, mais il prend aussi part à l'exécutive et cela encore d'une autre manière que le Sénat aux États-Unis; enfin les différents États ne sont pas représentés dans le Conseil fédéral sur la même échelle, mais selon leur grandeur.

qui sera aussi le plus naturellement constituée, au moins pour le plus grand nombre, par des élus des assemblées provinciales (voir seconde division, représentation nationale).

L'État fédératif, dans la forme républicaine ou monarchique, est, dans ses principes essentiels, l'idéal vers lequel doivent tendre les unions d'États. Nous avons vu qu'au fond, chaque grand État est déjà, d'après son origine et ses développements historiques, un système d'États ou un État d'États, formé par les familles, les communes, les provinces, et qu'un État embrassant toute une nation doit aussi se former dans un État fédératif. La loi du développement successif fait donc espérer que les grandes nations civilisées d'un continent formeront elles-mêmes d'abord, et peut-être pour des siècles, une confédération internationale qui, en se fortifiant intérieurement, finira par embrasser toutes les nations.

L'antiquité n'a pas connu de véritables fédérations d'États. La fédération amphictyonique, en Grèce, maintenait seulement entre ses membres l'observation de quelques principes internationaux plus humains. Les principes de puissance et de domination, dont le génie et le droit romain étaient inspirés, ne permettaient pas les fédérations sur une base de digne égalité. C'est le christianisme, la nouvelle alliance avec Dieu, qui, en rendant les hommes et les peuples égaux devant Dieu, répandit les sentiments d'égalité, de dignité, de respect de tout ce qui est personnel, comme reflet de l'esprit divin dans tout homme, et les peuples germaniques, s'inspirant de ces principes, reconnaissant déjà, dans l'ordre juridique et politique, des principes analogues, par le système des droits personnels, si équitable même pour les peuples vaincus, sont devenus les vrais représentants du système fédératif. Et, chose digne de remarque, lorsque ce système, après avoir dominé dans l'empire germanique pendant près de mille ans, dans des formes très-imparfaites et de plus en plus défigurées, tirait à sa fin, l'esprit anglo-saxon le fit renaître, au delà de l'Océan, dans une nouvelle forme organique, pour présenter au monde une démon-

stration toujours plus éclatante de cette vérité que la vraie puissance réside dans l'autonomie des personnalités individuelles et collectives, donnant à l'union la liberté pour fondement, et faisant jaillir, par la spontanéité d'action des sources immédiates de la vie, une richesse de biens qu'aucun peuple n'avait encore pu produire en un si court espace de temps. En Europe, un mouvement contraire unitaire partait de la France, nécessaire sous bien des rapports pour rétablir les États sur un fondement national brisé par la féodalité. Ce mouvement a pris de nos jours une force nouvelle chez plusieurs peuples dont toutes les conditions de culture et de digne existence politique exigeaient une plus grande unité. Cependant, quoique ce mouvement puisse passer encore par plusieurs phases, les enseignements de l'histoire, le grand exemple des États-Unis, s'unissent avec toutes les conditions de progrès, de liberté et de paix, pour demander aussi en Europe, sous les modifications exigées par le génie et l'état de culture d'une nation, une pratique plus large du système fédératif au sein de chaque grand État, pour recevoir un jour une bienfaisante application dans les rapports internationaux.

DEUXIÈME DIVISION.

DE LA CONSTITUTION ET DE L'ADMINISTRATION DE L'ÉTAT. [1]

PREMIÈRE SECTION.

DE LA CONSTITUTION ET DU DROIT CONSTITUTIONNEL.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA CONSTITUTION ET DES FORMES DE L'ÉTAT.

---

§ 113.

DE LA DIFFÉRENCE DE LA CONSTITUTION D'AVEC L'ADMINISTRATION, ETC.

Dans l'organisme de l'État il y a à distinguer deux domaines, exprimant les deux faces principales, sous lesquelles l'existence et l'action de l'État doivent être considérées, la constitution et l'administration, dont l'une présente l'État d'une manière prédominante dans la *persistance* des institutions et

[1] Cette partie du droit public ne peut être exposée dans ce Cours que très-sommairement.

[illegible] les principes et entrer dans une voie nouvelle. Car une différence essentielle entre le monde moral et le monde physique consiste en ce que le développement social n'est pas une suite de puissance aveugle, mais qu'il peut être guidé d'après des principes rationnels et être détourné d'une fausse direction qu'il aurait prise.

La constitution peut être définie l'ensemble des institutions et des lois fondamentales destinées à régler l'action de l'administration et de tous les [illegible]; ainsi elle consiste en deux parties, l'une *matérielle*, comprenant la fixation des droits fondamentaux et des obligations de tous les membres de l'État, l'autre *formelle*, comprenant l'organisation formelle, ou la fixation de la forme de l'État (monarchie, *démocratie*), des rapports entre les divers pouvoirs de l'État *et de leur exercice*, et enfin des rapports de l'État avec *toutes les institutions sociales*, l'Église, l'instruction, le domaine économique, etc.

L'administration est l'exercice des trois pouvoirs politiques *dans les limites de* la constitution pour l'accomplissement *du but de l'État*. Il importe de rappeler que la notion de

l'administration est prise dans trois acceptions différentes; la notion que nous venons d'établir exprime le sens le plus général dans lequel l'administration opposée à la constitution comprend à la fois le gouvernement, la législation et le pouvoir exécutif; dans un sens plus restreint, on entend par là tout le pouvoir exécutif, et dans le sens le plus étroit elle désigne l'administration proprement dite, comme la branche du pouvoir exécutif qui est opposée à la fonction judiciaire.

La différence entre les lois constitutionnelles et les lois établies par le pouvoir législatif est généralement, sous le rapport formel, fixée dans les constitutions modernes par la prescription de conditions plus sévères pour l'établissement et le changement d'une loi constitutionnelle. En Angleterre, cette différence formelle est inconnue; de même que la constitution y désigne l'état actuel de toute la vie publique, telle qu'elle est reglée en droit, elle peut aussi être complétée et changée par une loi ordinaire; au contraire, depuis l'exemple donné par la constitution des États-Unis, un autre mode existe à présent dans les constitutions modernes pour l'établissement et le changement d'une loi constitutionnelle et d'une loi ordinaire, surtout en ce qu'une plus grande majorité (la plupart du temps des $^2/_3$), est exigée pour le vote par rapport à une loi constitutionnelle.

Une constitution peut s'établir d'abord par les deux principaux modes juridiques, par les mœurs et par les lois (par une assemblée souveraine constituante), ensuite par un contrat entre le pouvoir et une représentation nationale, et enfin elle peut être octroyée. Cette dernière forme n'implique nullement qu'une telle constitution puisse être révoquée ou changée arbitrairement par le pouvoir octroyant. De même qu'en droit privé un don accepté ne peut pas être revoqué, de même un peuple qui accepte une constitution acquiert par l'acceptation un droit sur cette constitution.

Une constitution peut exister sous la forme de coutumes et il n'y a aucun État ayant des assises historiques qui ne

possède quelques coutumes ou lois fondamentales réglant au moins la nature et la transmission du pouvoir; à un plus haut degré de culture, les peuples, quand ils acquièrent la conscience de leurs droits, tendent à les fixer nettement dans une constitution écrite; de même que le langage donne à la pensée la clarté, de même une constitution écrite doit devenir une formule précise de la conscience nationale.

Considérée dans ses rapports avec toute la culture d'un peuple, la constitution est toujours plus ou moins un reflet de tous les rapports de vie d'une certaine consistance; ces rapports sont déterminés principalement par le *génie* d'un peuple, par son développement *historique* précédent et par son degré actuel de *culture.* Ce triple point de vue doit aussi être un guide pour l'appréciation et l'établissement d'une constitution.

La *garantie* d'une constitution est de deux espèces. Il y a des garanties *formelles* de droit, consistant dans la responsabilité des pouvoirs, dans le serment prêté à la constitution, dans l'établissement d'une cour jugeant des plaintes concernant la violation de la constitution et surtout dans les institutions du *selfgovernment* par lesquelles la constitution pénètre dans toutes les sphères de vie. Les plus solides garanties sont de nature *morale* et résident dans les bonnes mœurs politiques, pratiquées par le gouvernement et par les citoyens, dans le sens honnête qui complète la politique constitutionnelle par la *morale* et la moralité constitutionnelle.

§ 114.

DES FORMES DE L'ÉTAT.

Bien des opinions ont été établies depuis Aristote sur la nature, la distinction et la valeur des formes de l'État. Aristote conçut le premier les trois formes de l'État, non d'une manière abstraite, mais principalement selon la manière dont

le gouvernement est exercé dans chacune d'elles pour le bien de tous ou pour l'intérêt des gouvernants; et il distingue à cet égard les justes formes, la royauté, l'aristocratie et la politie, et leur mauvais exercice dans la despotie, l'oligarchie et la démocratie. A Rome, Cicéron (*de rep.* I, 29) croyait avoir découvert que, dans la constitution politique, ces trois formes étaient réunies comme des éléments dans une constitution mixte, forme dans laquelle Tacite [1] n'avait pas de confiance. Le moyen-âge suivit l'autorité d'Aristote. Montesquieu voulait ramener les diverses formes à des principes psychologiques et moraux, en assignant à la monarchie, à l'aristocratie, à la démocratie et au despotisme, comme principes et leviers moraux, l'honneur, la modération, la vertu et la crainte. Rousseau, en repoussant toute forme mixte, ne voulait admettre que la forme fondée sur la souveraineté du peuple. Kant distingua, d'une manière encore plus précise qu'Aristote ne l'avait fait, entre les *formes d'empire souverain (Herrschaftsformen)* et les *formes de gouvernement (Regierungsformen)*, en faisant remarquer que chacune des premières formes, la monarchie, l'aristocratie et la démocratie, peut se revêtir de l'une ou de l'autre forme gouvernementale. Selon Kant, il n'y a que deux formes gouvernementales, la forme républicaine et la forme despotique; la première, seule propre à amener une bonne administration, existe lors qu'il y a division des pouvoirs; la seconde existe lorsque tous les pouvoirs sont réunis dans la main du souverain individuel ou collectif. De cette manière la monarchie peut avoir, selon Kant, un gouvernement républicain et une démocratie un gouvernement despotique. D'autres auteurs ont proposé d'autres divisions, par exemple (Welcker) la division en despotie, théocratie et État de droit *(Rechtsstaat)* etc. Le progrès le plus notable cependant qu'on ait

[1] Tac., *Ann.*, IV, 33. Cunctas nationes et urbes populus aut primores, aut singuli regunt: delecta ex his et consociata reipublicæ forma laudari facilius quam evenire, vel si evenit, haud diuturna esse potest.

fait dans l'appréciation de ces formes de l'État, c'est sans doute l'intelligence qu'on acquiert de plus en plus que ces formes ne touchent que la surface des rapports politiques et qu'il faut en déterminer la forme d'après l'idée fondamentale ou d'après le principe qui anime tout l'organisme politique et qui lui donne son type et son caractère principal. C'est de ce point de vue que nous avons à examiner la forme de l'État.

La forme de l'État en général consiste dans la manière dont l'idée ou le principe régnant dans un État se trouve exprimé et organisé dans les pouvoirs de l'État et dans leurs rapports avec les citoyens. Or le principe de vie de l'État c'est le droit, et il n'y a qu'une seule juste forme de l'État, c'est celle qui assure, par le mode dont les pouvoirs et leurs rapports avec la vie nationale sont organisés, le *règne du droit*, comme principe éthique et objectif, auquel la volonté de tous doit se soumettre, et comme principe organique qui garantit à tous les membres et à toutes les parties leur position et leur action libre et la participation à l'exercice de tous les pouvoirs publics. L'État de droit *(Rechtsstaat)* est donc l'État *normal* formellement organisé, dont le *selfgovernment* forme le caractère le plus saillant. L'opposé de cet État de droit est la *despotie*, la volonté arbitraire personnelle qui se met à la place du droit et de la loi librement consentie et efficacement contrôlée dans son exécution. Entre l'État de droit et le despotisme il y a sans doute bien des termes intermédiaires, mais la route vers la despotie s'ouvre partout où un gouvernement se met à la place de l'action des citoyens et fait valoir sa volonté personnelle, sans interroger ou sans respecter la volonté nationale dans des matières de l'ordre public. Ces deux formes opposées peuvent ensuite se manifester sous les trois faces et formes particulières, de la monarchie, de l'aristocratie et de la démocratie, selon que le pouvoir suprême souverain est exercé comme un *droit* par un prince, par une classe privilégiée, ou par le peuple. Ces formes particulières se rapprochent

plus ou moins soit de l'État normal, soit de la despotie, selon que le principe du *selfgovernment* et le système *représentatif* y trouvent une sérieuse application ou que l'absolutisme qu'elles présentent n'est préservé des conséquences du despotisme que par le bon vouloir, généralement rare, de ceux qui sont en possession du pouvoir. Les expériences qu'on a dû faire dans les derniers temps, surtout en France, par rapport au seul changement des formes du gouvernement, ont enfin fait comprendre la nécessité d'aller plus au fond de la question et de déterminer un gouvernement d'après l'esprit qui l'anime [1].

Cependant l'État n'a pas seulement une forme politique, mais aussi une *forme de culture*, parce que le droit, tout en constituant le principe spécial de l'État, est en rapport intime avec toute la culture qui réagit toujours plus ou moins sur le mode d'application du droit et sur la constitution des diverses formes politiques. Les formes de culture sont déterminées par la prédominance d'un but principal poursuivi par l'activité d'un peuple dans le cadre d'une forme politique qui en reçoit toujours une certaine teinte et modification. De ce point de vue il y a donc des États qui poursuivent d'une manière prédominante le but *religieux*, comme beaucoup d'États orientaux et surtout le peuple hébreu, et qui prennent l'une ou l'autre forme de la théocratie; il y eut un État, celui d'Athènes, où les *beaux-arts* et les *sciences idéales* formaient le noble noyau de culture; le peuple romain s'est distingué par la culture du *droit*; il n'a pas révélé l'idée du droit,

[1] Cette opinion a été bien exprimée par M. Odilon Barrot (*De la centralisation et de ses effets*) dans les mots suivants: «Si l'on classait les gouvernements, non selon leur forme, mais selon leur essence, on arriverait à reconnaître que cette célèbre classification des gouvernements, monarchique, aristocratique et républicaine, ne répond qu'à des accidents de la vie des peuples, mais non aux conditions élémentaires des sociétés, et que, dans la réalité, il n'existe que deux espèces de gouvernements, quelles que soient d'ailleurs leurs formes intrinsèques: les gouvernements qui ont la prétention de tout gouverner et ceux qui abandonnent beaucoup de choses à la spontanéité individuelle et que les Anglais, par cette raison, ont appelés à juste titre, *selfgovernment*.»

mais il l'a développée du point de vue de la volonté et de la puissance dans les formes du droit privé et dans le droit public. D'autres peuples, comme les Phéniciens, ont cultivé l'*industrie* et le *commerce*. Dans les temps modernes, le peuple anglais est le peuple *économique* par excellence; la France, sans négliger les autres éléments de culture, est devenue le peuple *politique* principalement, expérimentant sans doute trop dans les formes politiques, exerçant toutefois depuis sa première révolution une importante initiative dans le mouvement politique de l'Europe. L'Allemagne a présenté jusqu'ici un certain équilibre harmonique dans le développement de toutes les parties principales de la culture; tout le travail national s'est porté plus au fond qu'à la forme, et c'est seulement dans les derniers temps que la nation cherche la forme politique la mieux adaptée à toute sa culture, et qui, selon son génie constaté par l'histoire de tant de siècles, ne peut se trouver que dans une forte forme fédérative, assurant le mieux tous les progrès libres de culture et la paix de l'Europe. Toutefois, si jusqu'à ce jour les divers peuples ont présenté une grande variété dans les formes de culture, la loi du progrès les appelle tous sans exception à constituer de plus en plus dans leur sein une harmonie de culture (t. I, p. 253).

Nous venons de voir qu'il y a des formes politiques et des formes de culture d'un État, dont les dernières se manifestent dans toute la direction donnée à une vie nationale et déterminent ou modifient plus ou moins la forme politique d'un État; et comme chaque genre de culture se résume toujours en un certain genre ou degré de moralité, le noyau de chaque forme politique se trouve dans la vie morale d'un peuple et tout son système politique est déterminé par son système moral.

Quant aux formes politiques particulières, aucune n'a de valeur absolue, parce que chacune est toujours l'effet d'une foule de circonstances historiques, du génie d'un peuple et de l'état de toute sa culture; toutefois il y a une forme idéale

normale, dont toutes les autres formes doivent s'approcher de plus en plus, c'est la forme de l'État de droit, ou de l'État caractérisé par le règne du droit. C'est cet État animé par l'idée de droit, soumettant toutes les volontés à des principes objectifs du droit, qui doit aussi régler toute son action par des *formes* du droit, assurer à tous ses membres la participation à l'exercice de ses pouvoirs, et établir pour les droits privés et publics les moyens de droit propres à les faire valoir, d'après la maxime anglaise «*where is a right, there is a remedy*», «où il y a un droit, il doit y avoir un moyen de le faire valoir». C'est cet État de droit, en liaison intime avec toute la culture, que la monarchie comme la démocratie doivent chercher à réaliser de plus en plus parfaitement.

Ce sont ces deux formes politiques particulières que nous avons à considérer un peu plus en détail.

§ 115.

DE LA MONARCHIE.

I. *Aperçu historique.* Le principe monarchique a pris son origine dans la famille, comme Aristote (p. 316) l'a déjà reconnu, et c'est probablement aussi l'autorité d'une série continue de membres distingués d'une famille qui primitivement a conduit à l'établissement de la royauté. L'histoire présente comme formes principales de la monarchie: l'antique royauté *hellénique*, se prévalant d'une institution divine, soumise à des lois divines, régnant d'après les lois et les coutumes de la patrie (Aristote, *Pol.*, III, 9, 7), limitée par un conseil des princes (βασιλέες, γέροντες) délibérant dans l'assemblée du peuple, appelé plus pour écouter que pour décider; l'antique *royauté* de plusieurs peuples *germaniques*, dont le pouvoir est encore plus restreint (nec regibus infinita ac libera potestas, Tac., *Germ.*, II), et dont l'autorité dans l'assemblée du peuple consiste plus dans le conseil que dans le commandement

[illegible] plein pouvoir [illegible] [illegible] romaine [illegible] fondée sur le principe de [illegible] de la puissance, réunissant dans l'[illegible] tous les pouvoirs [illegible] que cette royauté [illegible] [illegible] ou sénat et plus tard [illegible] [illegible] de la république, ces divers pouvoirs [illegible] dans son énergie interne, et ils sont au [illegible] par l'empire. Tous les idées de pouvoir [illegible] à la postérité, ont depuis péri dans le gouvernements et ruiné tant de peuples; l'empire byzantin, mélange de l'absolutisme romain avec les mœurs orientales, dégradant encore plus la nature humaine; la royauté née de la combinaison d'éléments chrétiens, germaniques et romains, dans la *royauté franque*, surtout dans l'empire de Charlemagne, initiant les peuples germaniques à la culture antique, se fortifiant par les idées de l'empire romain renouvelé, transformant cependant le principe romain de la puissance et de l'empire par le principe germanique du *mundium* (t. I, p. 265) ou de la protection que le pouvoir doit exercer en faveur de tous ceux qui ne peuvent s'aider et se défendre eux-mêmes. Après la dissolution de l'empire de Charlemagne, la royauté a pris, comme royauté *féodale*, un développement différent en *France*, en *Allemagne* et en *Angleterre*; tandis qu'en France, le pouvoir royal se dégage toujours plus fortement des liens féodaux, se constitue en pouvoir absolu et fonde l'unité de la nation et de l'État, en Allemagne, le pouvoir impérial s'affaiblit sans cesse au profit des grands vassaux, princes électoraux etc., et la nation allemande est morcelée en plusieurs centaines de petits États qui disparaissent enfin en grande partie à la suite des guerres de l'empire français; en Angleterre, au contraire, se forme par le mélange vigoureux d'éléments germaniques et romans et dans une forte lutte de plus de six siècles la *monarchie représentative*, qui, à part la forme particulière dont elle s'est revêtue en Angleterre, a mis en lumière quelques principes fon-

damentaux, qui avec de légères modifications peuvent être adoptés par d'autres nations. Ce sont ces principes que nous avons brièvement à indiquer.

II. La *monarchie représentative* réalise, dans une forme politique particulière, la conception organique de l'État, en appelant tous les pouvoirs et tous les éléments à concourir, chacun selon sa nature, à l'accomplissement du but de l'État; en investissant le gouvernement d'un pouvoir suffisant et d'une digne indépendance, elle institue en même temps un contrôle exercé d'un côté par les pouvoirs reciproquement entre eux et d'un autre côté sur tous les pouvoirs par la conscience publique, éclairée sans cesse par la presse, par les associations etc., et faisant valoir son jugement décisif dans les élections. La monarchie représentative repose sur l'action combinée de deux principes, conçus souvent d'une manière exclusive et tendant aussi quelquefois à acquérir une prédominance l'un sur l'autre, mais dont l'application juste et morale peut seule assurer le sort de cette forme politique; ce sont, d'un côté, le principe d'un pouvoir organisé par l'hérédité d'une manière indépendante de la volonté de tous, et d'un autre côté le principe du concours de la volonté nationale, dans ses divers organes, à l'exercice de tous les pouvoirs. Ces deux principes, l'un de *fixité*, l'autre de *mouvement*, sont également importants; c'est dans la nécessité morale de se mettre d'accord pour produire un effet légal, que ces deux puissances doivent trouver les motifs moraux pour la modération et pour d'équitables concessions réciproques. Sans doute le pouvoir gouvernemental sera obligé à la fin de céder à l'opinion publique quand les exigences se portent sur des intérêts réels, mais il doit avoir la force de résister à des entraînements passagers, assez longtemps pour faire constater la réalité des besoins par l'insistance de l'opinion publique et des vœux réitérés. Cette position d'un gouvernement monarchique trouvera une expression convenable dans le *veto*, absolu dans la forme,

mais soumis toujours, dans un véritable État représentatif, aux influences plus ou moins décisives de la conscience nationale.

La monarchie représentative confère au monarque l'exercice du pouvoir gouvernemental dans toutes ses fonctions spéciales (p. 360), de manière qu'on peut même dire qu'il unit dans ses mains tous les pouvoirs, parce que le pouvoir gouvernemental forme le lien pour tous les autres, participe à la législation et dirige l'exécution. La maxime que le roi règne mais ne gouverne pas, manque donc de justesse; c'est la loi qui doit régner, mais le roi gouverne d'après la loi par ses organes responsables.

La monarchie sans doute n'est pas plus une forme absolue que la démocratie; pour l'apprécier à sa juste valeur, il faut tenir compte de toute l'histoire et de l'état de culture d'un peuple; mais d'un côté elle est plus en accord avec les traditions historiques de l'Europe, et d'un autre elle présente des avantages très-importants que la démocratie jusqu'à présent n'a pu offrir.

Les peuples de l'Europe ont reçu une éducation monarchique, et la monarchie a ici de solides fondements dans tous les rapports historiques, dans les mœurs, les souvenirs, l'attachement et dans la foi, ébranlée sans doute fortement par la faute de ceux mêmes qui avaient le plus grand intérêt à la conserver, mais susceptible d'être ramenée et fortifiée par une alliance sincère de l'esprit monarchique avec les intérêts réels et généraux d'un peuple.

La monarchie héréditaire supplée par le principe naturel de la naissance, indépendant de tout arbitraire, à l'absence de principes éthiques et politiques invariables que notre culture n'est pas encore parvenue à établir ou à faire reconnaître comme des règles fixées pour la volonté de tous; par ce principe de fixité elle est aussi le mieux à même de faire pénétrer un principe analogue de stabilité dans un ensemble d'institutions et de fonctions, abandonnées généralement dans les démocraties aux fluctuations et aux caprices des élections.

La monarchie peut offrir par son principe la garantie la plus efficace pour le développement paisible et continu de tous les intérêts sociaux, parce que les luttes sont plus modérées sous le gouvernement monarchique, dont la position plus indépendante au-dessus des partis lui permet, même dans le système constitutionnel et parlementaire, d'employer, pour résister à des majorités passionnées, plusieurs moyens importants, tels que le droit d'appeler à de nouvelles élections, le choix même des ministres, etc. Dans les temps modernes la théorie s'occupe de l'important problème de trouver une protection des minorités contre la violence et l'injustice des majorités; cette protection réside sans doute avant tout dans des principes généraux de droit, établis comme règle et comme barrière insurmontable pour la volonté de tous; mais cette barrière ne peut être mieux maintenue dans la pratique que par un gouvernement monarchique, placé par son principe lui-même au-dessus des majorités et des minorités. La culture des peuples a été, il est vrai, souvent arrêtée et retardée dans des monarchies inspirées par un esprit exclusif de stabilité ou même de réaction; mais la monarchie, s'imprégnant réellement, par le système représentatif, de la conscience nationale et des vrais intérêts de culture, peut le mieux combiner le principe du progrès avec les besoins de continuité dans le développement.

Un puissant motif en faveur de la monarchie en Europe est fourni par la politique extérieure des États européens, dont les intérêts séculaires si compliqués et si entrelacés exigent à la fois une grande circonspection, et une haute indépendance, beaucoup de tact et de fermeté, quant aux buts et quant aux moyens qui y sont appropriés; et ces qualités se trouveront plus facilement réunies dans les gouvernements monarchiques que dans aucun autre.

Cependant la condition essentielle du maintien de la monarchie en Europe réside dans la pratique sincère et honnête du système représentatif et, ce qui en sera la conséquence,

dans la poursuite des vrais intérêts de culture d'un peuple. Les grandes monarchies du continent ont présenté jusqu'à ce jour un caractère plus militaire que civil; cependant, quoique l'esprit militaire ait reparu dans une force nouvelle avec l'esprit de domination et d'agrandissement, les intérêts véritables des nations finiront par s'exprimer plus énergiquement, grâce au régime constitutionnel, pour l'adoption de formes et de mesures qui forceront les gouvernements militaires à devenir, dans l'intérêt de toute la culture du peuple, des gouvernements civiles.

§ 116.

DE LA DÉMOCRATIE.

La démocratie est le gouvernement exercé de droit par le peuple lui-même. Ses fondements et ses formes sont différents dans l'antiquité et dans les temps modernes. Dans l'antiquité où elle paraît, en Grèce et à Rome, après l'abolition de la royauté, elle prend son point de départ dans la conception du libre *citoyen*, appelé à concourir directement à l'exercice de tous les pouvoirs et se déchargeant d'un grand nombre de travaux sur les *esclaves* pour gagner le loisir qui lui est nécessaire pour s'occuper sans cesse directement des affaires de l'État. L'esclavage devient une partie intégrante de cette antique démocratie, pure et immédiate, qui dépourvue, par suite du polythéisme, de solides bases morales, dégénère en Grèce et surtout à Athènes, dans le règne d'une multitude ignorante, capricieuse, avide de solde et de fonctions politiques, qui livra à la fin les États grecs à la domination romaine, et qui, d'un autre côté, amena à Rome, par les divisions intestines et les guerres civiles, l'empire, étendant le niveau de servitude sur le peuple entier qui n'avait pas su faire un usage moral de la liberté.

La démocratie moderne porte le caractère de l'État moderne qui, à la suite du christianisme, place l'homme au-dessus du citoyen et se constitue comme un pouvoir de protection

et d'aide pour tout ce qui est *humain*. Par cette raison, la démocratie moderne part du principe de la libre personnalité, se nourrit essentiellement de la culture humaine et devient dans les temps modernes une démocratie *représentative*. Cette démocratie représentative est le produit de diverses causes religieuses, morales, économiques et politiques, intimement liées entre elles. Sous le rapport religieux, elle a ses racines dans le christianisme dont les principes d'égalité et de fraternité devant Dieu sont transportés de la religion au domaine civil et politique. Aussi voyons-nous qu'après la réformation religieuse qui se propose de ramener le christianisme à l'esprit primitif, le mouvement démocratique se fait jour principalement en Angleterre par suite de l'oppression des Stuarts, et y triomphe pendant quelque temps; mais après qu'il a été réfoulé dans ce pays, ses partisans émigrent en grande partie en Amérique pour se préparer là par la vie coloniale à l'indépendance dans une fédération républicaine. C'est dans l'union américaine que la démocratie moderne représentative peut être appréciée selon son esprit et dans les tendances qui se développent avec une nécessité logique des principes sur lesquels elle est établie.

Aucune démocratie n'a pu se former sous des auspices aussi heureux que celle des États-Unis. Par une union plus que séculaire avec la mère-patrie, les anciennes colonies avaient pu participer aux avantages offerts par un solide ordre monarchique et développer successivement leur énergie dans les luttes avec le gouvernement; affranchies des entraves que le libre mouvement rencontrait en Europe dans tous les domaines, elles avaient cependant conservé le capital moral le plus précieux dans les profondes convictions religieuses dont étaient animés les émigrants, unis encore par l'égalité du sort, des persécutions, des consolations et des espérances religieuses, par tous les motifs enfin qui les portaient à fonder un nouvel État sur de nouveaux principes d'égalité religieuse et politique. Le fondement moral du nouvel ordre politique paraissait être

le principe évangélique: De qui vient l'esprit, vient la liberté, principe encore proclamé par Jefferson et qui certes a fait fructifier longtemps dans ce pays la liberté civile et politique. Il faut, il est vrai, constater deux courants bien *distincts* d'émigration et de colonisation; le courant principalement anglo-saxon et puritain, et le courant amenant déjà vers 1607 des aventuriers de tout genre et de tous les pays dans un esprit de gain en Virginie, où ils prirent en 1620 la fatale décision d'introduire l'esclavage; et depuis ce temps un antagonisme, se faisant valoir dans toutes les directions, s'est établi entre le Nord et le Sud de l'Union et peut, malgré la victoire du Nord et l'abolition de l'esclavage, provoquer encore d'autres crises à l'avenir. Mais, quoique le Sud ait fourni le plus d'hommes politiques pour le gouvernement de l'Union, et qu'il eût probablement préféré une puissante aristocratie, peut-être même une monarchie, c'est le Nord, pays d'incessant et infatigable travail qui a maintenu l'esprit démocratique et l'a développé dans les principales conséquences que nous avons à apprécier au point de vue des principes.

Dans tout État monarchique ou démocratique, comme dans tout organisme vivant, il doit y avoir l'action de deux principes également nécessaires, d'un *principe de fixité*, de stabilité, qui donne à l'État son esprit de tenue ferme, et constitue partout des points fixes et certaines limites pour l'évolution de toutes les forces, et un *principe de mouvement* qui, jaillissant des divers centres de la vie individuelle et collective, ouvre toutes les sources de production, de travail et de biens. Dans la monarchie, comme nous l'avons vu, une base fixe est créée par le principe naturel de l'hérédité; pour la démocratie se pose le problème plus élevé, mais aussi plus difficile, de remplacer le principe naturel par un principe idéal et moral analogue, de soumettre la volonté de tous à des principes, à des règles que les volontés doivent reconnaître comme des barrières infranchissables, de lier ainsi

les volontés par les principes rationnels et de constituer la vraie liberté, par cette soumission de la volonté aux principes immuables et moraux de la raison.

Certes, si la démocratie pouvait combiner dans la pratique ces deux principes, elle constituerait pour la société le même gouvernement moral que chaque homme doit chercher à exercer dans sa propre vie; aussi Montesquieu avait-il bien raison quand il assignait à la démocratie la vertu comme son principe vital. Mais la démocratie participe de la faiblesse et de la tendance commune des hommes; elle est toujours plus portée à s'abandonner à ses passions, à ériger sa volonté en loi, qu'à se soumettre à des lois qui la gênent, à exagérer le principe de mouvement, de changement, bien plus que les monarchies n'exagèrent le principe de stabilité. Le danger qui résulte dans la démocratie de cet état d'incessant changement peut être évité en partie par une constitution qui fait intervenir l'État le moins possible dans les affaires sociales, et soustrait ainsi aux opinions et aux passions de la multitude, dont le gouvernement élu est toujours plus ou moins le reflet, ce que les citoyens veulent garder pour leur propre disposition. C'est ce que la constitution fédérale et en général les constitutions particulières ont fait dans l'Amérique du Nord.

Néanmoins le cadre des affaires communes et importantes reste assez grand pour que le mouvement démocratique ait pu s'y manifester dans ses conséquences principales.

Or le principe constitutif de la démocratie est la volonté qui, partout où elle n'est pas tenue de se soumettre à une règle objective, devient une volonté mobile, capricieuse, s'inspirant de divers motifs personnels, et toujours portée à corriger ce qui ne plaît pas, non par des principes ou des institutions, auxquelles elle devrait se soumettre, mais par des changements dans les personnes chargées de fonctions publiques. La volonté tend à se mettre à la place des principes; les volontés elles-mêmes se comptent et forment majorité, et c'est la majorité qui s'érige alors en souveraineté

du nombre, toujours la plus tyrannique des souverainetés, parce qu'elle se soustrait à la responsabilité, qu'un despote même assume encore sur sa personne. Aussi sont-ce les grands dangers qu'implique la tyrannie de la majorité qui ont été signalés par tous les observateurs même les plus bienveillants de la démocratie américaine, par de Tocqueville, par Ampère qui déclare d'une manière aussi simple que vraie, «que c'est là le principe d'une infirmité radicale, cachée dans les entrailles de la société américaine, comme de toutes les autres sociétés démocratiques... *la tyrannie du nombre là où le nombre est tout*». Et la majorité se sachant la maîtresse tendra toujours à se faire sentir le plus souvent possible. Déjà Rousseau avait nettement formulé le principe de cette démocratie en disant que «le peuple n'est souverain que dans les élections.» La souveraineté démocratique est donc fidèle à ce principe, en soumettant toutes les fonctions publiques à l'élection et en élisant pour un court espace de temps. La démocratie fournit ainsi la preuve que tout principe, une fois qu'il a pénétré dans un organisme, pousse par une force interne irrésistible à ses conséquences; et ce sont ces conséquences que nous allons encore constater.

On comprend facilement que dans un État où le représentant du gouvernement, le président, est élu pour un petit nombre d'années (quatre ans), les fonctionnaires de l'ordre administratif subissent le même sort et soient généralement changés par le nouveau président, dont les partisans actifs attendent la récompense par des fonctions publiques dont il peut disposer (particulièrement par des emplois dans les postes et les douanes). Il était également à prévoir qu'un État qui visait à être un État légal ou de droit, prendrait soin d'entourer les cours de justice dans leurs membres de la solide garantie d'indépendance qu'on a toujours placée dans l'inamovibilité des juges. Et en effet, le bon et juste instinct des fondateurs de l'Union a créé cette garantie pour les cours *fédérales*, dont les membres sont nommés pour aussi long-

temps qu'ils exercent bien leur fonction, c'est-à-dire, en principe, pour la vie; de plus, le fort besoin instinctif d'opposer une digue aux flots des volontés sans cesse changeantes et se combinant pour divers buts dans les majorités toujours variables, a fait donner à la cour fédérale suprême une mission qui en fait au fond l'autorité suprême de l'Union, celle de veiller au maintien de la constitution avec le droit d'annuler même des lois votées par le pouvoir législatif, quand elle les juge contraires à la constitution de l'Union. Voilà certes une forte barrière que la démocratie a érigée elle-même contre ses faiblesses et ses passions, et la cour suprême, illustrée depuis son institution par tant de membres célèbres, a jusqu'à présent dignement répondu à cette attente. Mais les cours fédérales ne sont compétentes que pour un genre restreint de causes et ne forment nullement des cours d'appel pour les litiges ordinaires, sur lesquels les cours de chaque État particulier ont seules à décider. Or, les membres de ces cours sont aujourd'hui nommés dans la plupart des États par élection populaire pour un court espace de temps (comme cela a aussi lieu dans presque tous les cantons suisses); ils sont généralement exclus des fonctions législatives par suite de la théorie de la division des pouvoirs, mais l'élection populaire a mis ces juges dans une dépendance servile de la majorité, elle a souvent porté aux siéges des tribunaux des membres incapables et indignes, et a affaibli à un haut degré la confiance dans la justice civile et criminelle du pays[1]. Un tel état de justice pourra contribuer à faire chercher

[1] M. Lieber dans son excellent ouvrage: *On civil liberty and on selfgovernment*, 1853, dit: «le compte-rendu du comité de réforme de la législation de New-York a révélé des choses qui rappellent les plus mauvais jours d'Athènes». M. Lieber dit qu'il a la satisfaction de pouvoir constater qu'à présent en Amérique la nomination des juges par le peuple est reconnue comme une grave aberration; cependant depuis ces dernières vingt années, aucune réforme n'a eu lieu dans ce sens et il est à présumer que les partis qui en Amérique s'occupent des affaires politiques, empêcheront encore longtemps de pareilles réformes.

un remède, quand il s'agit de causes civiles, dans des juges-arbitres et dans des cours d'arbitrage, mais c'est évidemment une situation morale bien grave, quand le mal attaque l'État dans son principe de vie, dans le droit par lequel il est légitimé comme institution sociale.

Le principe démocratique d'élection, tel qu'il est pratiqué dans la forme du suffrage universel, se révèle dans ses produits les plus appréciables par l'élection des représentants de l'assemblée législative. Ces élections ont mis en évidence le principe philosophique général n'admettant aucune exception, à savoir que *les effets sont toujours conformes aux causes;* aussi voyons-nous que d'abord le suffrage universel, en appelant à l'élection ceux dont l'intelligence est le moins cultivée et qui sentent eux-mêmes leur incapacité de se pouvoir guider sûrement, les livre aux mains des partis qui aux États-Unis s'occupent des affaires politiques comme de toute autre affaire de spéculation, et ont établi pour les luttes électorales, une organisation presque militaire fortement disciplinée, par laquelle l'État, organisé lui-même si faiblement dans des organes sans cesse changeants, devient la proie de ceux qui ont su exploiter le plus habilement les passions populaires. Mais de plus, le produit même des élections s'est depuis une trentaine d'années manifestement détérioré. Depuis les grands changements qui se sont opérés dans les états de fortune par l'accumulation des richesses et par l'accroissement du nombre des indigents surtout dans les villes, la corruption dans les élections a fait d'incessants progrès, et la majorité menée par l'égoïsme et l'avidité de ceux qui, sous le manteau de quelques vagues principes, poursuivent comme but principal «la rotation» dans les emplois, a fait sortir des élections une assemblée *(house)* de représentants, conforme sans doute à la cause qui les a produites, mais n'exprimant nullement le terme moyen de culture intellectuelle et morale dont les États-Unis peuvent se glorifier. Le mode démocratique d'élection a donc produit ici une complète disproportion entre

l'organisme politique et tout l'organisme social; en renversant les justes rapports, il a mis en grande partie le bas en haut, et donné le pouvoir politique à l'ignorance, à la grossièreté, à la corruption, sur l'intelligence, la décence et l'honnêteté [1].

Un spectacle bien plus digne est présenté par le sénat, parce que ses membres sont élus pour six ans (les représentants seulement pour deux ans), non directement par la multitude, mais par les législatures des États particuliers, qui

[1] Il y a un point sur lequel tous ceux qui ont pu se former une opinion sur des faits incontestés sont d'accord, c'est que la chambre *(house)* des représentants aux États-Unis n'est pas une représentation digne de ce pays. Les jugements des Américains sont en général encore plus sévères que ceux des étrangers; l'esprit de parti peut y avoir sa part; cependant quand on voit porter de pareils jugements par les hommes qui ont illustré leur pays, on peut bien admettre comme une vérité de fait ce qui est une conséquence naturelle du principe. Nous ne citerons que quelques jugements. Déjà en 1846 *Fenimore Cooper* avait bien caractérisé la tyrannie des majorités, en commentant dans une lettre du 16 décembre publiée dans le *New-York Literary World* du 8 novembre 1851, le proverbe, *Vox populi, vox Dei*, sur lequel il s'exprime ainsi: «Notre pays offre un exemple frappant combien cet axiome est trompeur. Peut-être l'adage a-t-il aussi son bon côté; car nous courons risque que le peuple ne respecte plus rien que lui-même. La majorité gouverne souvent d'une manière aussi absolue qu'un monarque absolu, et ce n'est qu'une surveillance continue qui peut maintenir sa Majesté dans des limites supportables. Quand nous examinons qui, chez nous, exprime cette volonté royale, nous ne pouvons porter qu'avec anxiété nos regards sur l'avenir. Mais la providence divine règne, même sur des majorités, et quelques décisions qu'elles puissent prendre, la *vox Dei* s'interposera pour nous protéger contre sa misérable contrefaçon, la *vox populi.*» Dans la biographie d'un des hommes mêlés aux luttes des partis, mais jouissant d'une grande considération *(Life of Horace Greeley)* on lit: «Depuis Jackson, l'ère des mannequins commença. Un élément mortel fut introduit dans notre système politique qui l'a rendu si éminemment immoral, qu'il a depuis favorisé la corruption avec une nécessité irrésistible. Il s'exprime dans la maxime: «rotation dans les emplois», il a rendu le mot «employé» synonyme du mot homme vil. Il a rempli le capitole d'avides sycophantes, a fait de la politique un jeu de ruse avec des moyens propres à captiver une basse populace. Il a fait du président une poupée pour entretenir le peuple pendant que les voleurs font leurs affaires... Il a exclu presque chaque homme de capacité et de valeur du service public, il a mis de grossiers démagogues, sans une étincelle de talent, sans un sentiment noble... en état d'exercer dans notre république une puissance que ne possédaient pas les plus grands hommes d'État dans les grands jours...»

sont plus à même de faire des choix convenables. C'est le sénat, contrôlant aussi sous plusieurs rapports le président, ayant à approuver la nomination de plusieurs genres de fonctionnaires supérieurs (des juges de la cour suprême, des envoyés, etc.) qui, avec la cour fédérale suprême, a été jusqu'à présent une puissante barrière contre les menées et les turbulences des partis de l'assemblée de représentants, et quoiqu'il ne puisse pas se soustraire complètement aux influences de parti régnant dans les législatures particulières, il en a adopté les principes avoués plus que les passions.

Néanmoins, malgré cet état politique, qui, depuis l'heureuse victoire des principes d'humanité sur la brutalité de l'esclavage, paraît encore s'empirer en ce que le contrepoids salutaire constitué par les États du Sud surtout dans les questions économiques a été presque détruit, le peuple de l'Union américaine, qui montre toute sa vigueur naturelle dans l'accroissement rapide de sa population, excite une juste administration par les progrès incessants qu'il accomplit surtout dans le domaine des sciences et des arts utiles et qui s'étendront probablement à l'avenir aussi sur d'autres branches de la culture. Mais il est d'un haut intérêt d'en scruter les véritables causes et de ne pas attribuer trop ou trop peu à la forme politique que ce peuple a adoptée.

Or il y a deux causes principales qui ont amené le développement si rapide et sous plusieurs rapports si brillant de la société américaine; d'abord la cause positive la plus profonde réside évidemment dans le caractère du peuple anglo-saxon; ensuite une cause seulement formelle se trouve dans la constitution fédérative démocratique établie de telle manière que tous les pouvoirs politiques sont réduits à un *minimum* d'action, que pour ainsi dire le vêtement politique ne gêne en aucune manière le mouvement naturel du corps social et que les lois ont seulement établi les limites les plus strictement nécessaires pour un ordre politique régulier.

C'est précisément la démocratie américaine qui fournit la

démonstration la plus éclatante de la différence qui existe entre l'État et toute la société de culture d'un peuple, différence qui peut aller jusqu'à produire et à maintenir longtemps un certain antagonisme, à tel point que l'État peut être assez malade sans que le corps social soit atteint autrement qu'à la surface, et, pour ainsi dire, qu'à la peau, et sans qu'il cesse de jouir d'une grande vigueur qui le fait se remettre plus facilement des crises qui arrivent dans l'évolution politique. Sans doute, de même qu'une pareille forme politique sort plus ou moins des entrailles du peuple, elle ne manquera pas de réagir sur toute la vie de culture et de fortifier chez un peuple des tendances exclusives qu'il a révélées dans sa constitution. Cependant, dans l'organisme moral d'un peuple, les diverses parties ne se trouvent pas dans une relation aussi intime et aussi nécessaire que dans un organisme physique, parce que les rapports des parties entre elles et avec la vie du tout se règlent surtout d'après les principes de liberté et d'indépendance. C'est par cette raison que la société américaine, n'étant liée que par quelques nerfs très-élastiques avec son État, en souffre peu, s'en soucie peu et s'abandonne librement à son mouvement naturel dans toutes les directions si nombreuses et si largement ouvertes à la poursuite de tous ses intérêts. On dirait même qu'une espèce de division du travail social s'est opérée dans un sens sans doute très-exclusif et nullement louable, en ce qu'on a abandonné les affaires politiques à un parti qui en a le goût et y cherche la satisfaction de ses intérêts, sous la condition seulement que ce parti ne se serve pas de l'État pour obstruer par des lois politiques les voies naturelles du mouvement social. Un tel état de choses constitue certainement un mal très-grave, parce que ce sont précisément les honnêtes gens qui fuient l'État comme un objet impur, dégoûtés qu'ils sont des manœuvres des partis qui s'affublent du manteau de principes, et ne sont mus que par de sordides intérêts; et il est impossible que dans la vie d'un grand peuple il n'arrive pas de graves circonstances, où les mains dans lesquelles se trouve le gouvernement peuvent

avoir pour un temps plus ou moins long une influence fatale sur le bien-être social. Le peuple américain en a fait l'expérience lors du commencement de la guerre civile, lorsque le gouvernement se trouvait entre les mains de fonctionnaires qui sympathisaient avec la révolte (le ministre de la guerre accomplissait la trahison ouvertement en passant aux rebelles); et depuis la fin de la guerre il a été mis en état d'éprouver encore plus fortement le malaise que l'ignorance des lois naturelles du commerce international peut produire par un faux système de douanes; et comme il y a bien des indices dénotant un plus grand besoin de faire intervenir le gouvernement fédéral dans le règlement d'affaires d'un grand intérêt commun, comme le sont surtout les grandes voies ferrées, l'alternative se posera plus nettement pour le peuple américain et surtout pour les classes aisées, ou de subir de plus fortes atteintes à leur bien-être, ou de vouer un intérêt plus direct à l'État et de songer aux moyens de chasser du sanctuaire politique ceux qui en ont fait un comptoir de marchandises. Le peuple américain a donné, dans une des guerres les plus formidables et les plus sanglantes qu'il y ait jamais eu en si peu de temps, la preuve la plus éclatante qu'il tient à la conservation de son pays et de sa constitution démocratique et fédérative, et que le sentiment fédératif joint aux sentiments de liberté et d'humanité peut s'exalter jusqu'à s'imposer les plus grands sacrifices et forcer un gouvernement à poursuivre jusqu'au bout une juste cause du peuple et de l'humanité. Le spectacle admirable que ce peuple a offert pendant la guerre civile, poursuivie avec le plus grand acharnement sans violation de la constitution ou d'une loi et sans dictature militaire, autorise à croire qu'il peut encore passer par d'autres graves crises dans son État, sans manquer de la vigueur nécessaire pour les vaincre et qu'il possède assez de bon sens pratique pour opérer dans sa constitution, si l'urgence en est reconnue, les réformes nécessaires propres à introduire dans le gouvernement et

dans toute l'administration, surtout dans celle de la justice, plus d'intelligence, de fixité et de moralité.

La cause positive la plus profonde de la prospérité du peuple réside, sans aucun doute, dans le caractère anglo-saxon, tel qu'il a pu se former dans un nouveau pays et se développer en toute liberté, en manifestant même, d'une manière très-exclusive, ses bons et ses mauvais côtés. Les colons, imbus déjà de l'esprit économique, industriel et mercantile de la mère-patrie, devaient trouver, après leur affranchissement, un fort stimulant dans l'étendue immense de leur territoire, pour consacrer principalement toutes leurs forces à ce travail économique, et en tirer toute la richesse matérielle. La seule puissance spirituelle et idéale qui forma depuis longtemps un contre-poids à ces tendances très-réalistes était la religion, et l'esprit religieux est encore aujourd'hui, à cause de la liberté, probablement plus répandu en Amérique que dans aucun pays civilisé de l'Europe. Cependant, depuis une trentaine d'années, un notable affaiblissement de cet esprit paraît avoir eu lieu, et comme le développement des sciences idéales et des beaux-arts est resté, jusqu'à présent, en arrière, la vie américaine fait sentir, comme l'attestent surtout ceux qui arrivent de l'Europe, une sécheresse, une froideur et une raideur, qui dénotent une lacune dans la culture des facultés idéales et des rapports dans lesquels se révèle l'âme de l'homme. Sous ce rapport, le peuple américain présente une certaine analogie avec celui de Rome. De même que le peuple romain s'est distingué par la puissance de la volonté (t. I, p. 257), de même le peuple américain révèle une énergie, une persistance, une audace assez semblable dans toutes ses entreprises, avec cette immense différence cependant que cette volonté énergique ne poursuit plus la domination sur les hommes et sur les peuples, par la guerre et la conquête, mais l'agrandissement de l'empire de l'homme sur le domaine physique, par le travail et par les arts utiles. C'est dans ce travail économique presque exclusif que le peuple américain s'est rapidement étendu sur

un grand continent, en maintenant en vigueur trois conditions essentielles, d'abord la profusion de l'instruction, à laquelle les États particuliers et les autorités locales consacrent des soins assidus et de grandes sommes, ensuite un état minime du contingent militaire, si ruineux pour les peuples en Europe, et enfin toute cette disposition politique qui, en rejetant au second plan toute l'administration de l'État, et en portant même la société américaine à abandonner l'État, *la politique*, à des partis, comme elle a été longtemps, dans les monarchies, une affaire des fonctionnaires, veille d'autant plus sévèrement au maintien d'un *self-government* réel dans le domaine *social.*

Nous n'avons pas à faire ressortir ici le cachet moral particulier que ce mouvement social a imprimé à la société américaine, la dépression du sentiment pour tout ce qui s'élève au-dessus de la sphère économique, le manque de vénération et de piété pour tout ce qui est entouré ailleurs d'un juste respect, comme l'autorité des parents, l'autorité dans la sphère des sciences et des arts, etc.; le désir immodéré des biens matériels, l'activité fièvreuse, qui fait crier sans cesse «en avant» *(go ahead)* dans la concurrence effrénée, sur le champ de bataille de l'industrie, sur lequel cependant il n'y a guère en somme qu'un grand nombre de blessés qui se relèvent facilement et se guérissent vite au grand air vivifiant de la liberté. En laissant à l'avenir de juger jusqu'à quel point ce caractère a pu se modifier par une culture plus étendue des sciences et des arts, et surtout aussi par l'incessante immigration européenne, nous avons ici seulement à constater que ce n'est pas tant par sa constitution de forme démocratique que par un concours de circonstances heureuses et par son génie natif, que le peuple américain est arrivé à cette grandeur et à cette prospérité dont la liberté a été le principal levier.

La démocratie américaine, se développant dans un immense pays qui offrira encore longtemps de nouveaux territoires à

des ambitions, à des avidités, à des mécontentements qui ailleurs restent concentrés dans un étroit espace, ne peut pas être un objet de comparaison avec aucun des États de l'Europe. L'Union américaine paraît principalement avoir eu la destinée providentielle de révéler au monde politique les principes organiques de la constitution d'un État fédératif, sans lesquels un tel État, qu'il soit constitué sous la forme démocratique ou sous la forme monarchique, manque de ses fondements essentiels.

Après avoir examiné les formes principales de la constitution des pouvoirs de l'État, dans la monarchie et dans la démocratie républicaine, nous avons à considérer la forme par laquelle une nation participe à l'exercice des pouvoirs et particulièrement à celui du pouvoir législatif; cette forme est la représentation publique[1].

CHAPITRE II.

DE LA REPRÉSENTATION PUBLIQUE.

---

§ 117.

DE LA REPRÉSENTATION PUBLIQUE EN GÉNÉRAL.

L'État, pour être un véritable *organisme* éthique du droit, doit présenter un rapport intime d'action réciproque entre l'organe central et l'ensemble des diverses sphères de la vie nationale. Ce rapport s'organise par la coopération de ces diverses sphères à l'exercice de tous les pouvoirs. C'est par

[1] Voir sur l'Union américaine principalement les ouvrages (il y en a un très-grand nombre en allemand) : A. de Tocqueville : *De la démocratie américaine*, 3 vol.; Laboulaye, *Histoire des États-Unis*, 3 vol.

ce concours organique que l'État se distingue de cet État mécanique d'absolutisme, de centralisation et de bureaucratie, qui traite la nation comme une matière inerte, malléable, taillable, propre à recevoir toutes les formes que la machine politique entreprend de lui imprimer. Ce concours, qui est aussi à organiser dans l'exercice du pouvoir exécutif, pour la fonction judiciaire et la fonction administrative, introduit un caractère national dans tout l'ensemble de la législation.

Le principe d'une représentation dans la vie publique était inconnu de l'antiquité. Les tribuns du peuple à Rome étaient bien institués pour veiller aux intérêts du peuple, mais leur pouvoir consistait essentiellement dans le *veto*, l'inhibition, et non dans une action positive. Le système représentatif paraît être le produit commun de deux sources, d'un côté de l'esprit et des institutions des peuples germaniques (chez lesquels Montesquieu en cherchait déjà l'origine), et d'un autre côté, de l'esprit et des assemblées primitives du christianisme (selon l'opinion de plusieurs auteurs modernes, K. S. Zachariæ, Gioberti, Villemain).

Il faut cependant distinguer deux époques dans le développement du système représentatif, son application féodale dans la constitution d'*états*, et sa pratique dans une constitution *nationale*. La représentation d'états était encore empreinte des formes du droit *privé*; car, outre les membres qui siégeaient dans ces assemblées en vertu d'un droit personnel, les députés recevaient, de la part de leurs commettants, un *mandat* comme la règle de leur conduite et de leur votation. Au contraire, la représentation moderne a élevé l'État dans la sphère du droit public, et l'a pénétré de la conscience et de la raison nationale. Cette représentation s'est établie d'abord insensiblement par les mœurs politiques en Angleterre, quand la Chambre des communes fut considérée comme représentant toutes les communes et corporations, quoiqu'elle ne fût élue que par un petit nombre, et qu'on cessât de lier les députés par des instructions; mais

ce sont principalement les théories politiques modernes qui, en faisant de l'État une institution d'ordre public pour le bien ou le bien-être commun, ont abouti à créer un nouveau mode de représentation. Parmi ces théories, c'est évidemment celle de Rousseau qui, en distinguant la volonté *générale* de la volonté de *tous*, devait faire comprendre la nécessité d'imposer aux députés l'obligation d'être les organes, non des volontés individuelles des commettants, mais de la volonté générale pour le bien public. Considérée en elle-même, la représentation moderne repose sur le même principe de raison par lequel s'explique parfaitement, dans le droit privé, la gestion des affaires d'autrui sans mandat *(negotiorum gestio, sc. sine mandato)*. De même que, par suite de la communauté de la raison, l'on peut agir pour un autre dans la juste supposition que celui-ci, comme être raisonnable, aurait agi de la même manière, de même, dans le droit public, chaque député, agissant d'après sa conscience et sa raison, a le droit de se considérer comme le représentant de tous. C'est par le principe de cette représentation que l'État a cessé d'être une société de volontés subjectives et d'intérêts privés, pour devenir un ordre fondé sur des principes objectifs et rationnels, formant la règle constante pour la volonté de tous. En rappellant de quelle manière se sont formés l'État et la représentation modernes, il faut aussi insister sur le devoir de ne pas faire perdre à l'État ce caractère élevé, de ne pas le mettre à la merci des caprices des volontés personnelles, mais d'organiser la représentation de manière que l'intelligence et la raison nationales y trouvent une juste expression.

Le but de la représentation consiste à constituer l'État réellement ce qu'il est en idée, une affaire de tous, à retremper sans cesse les pouvoirs aux sources premières de la vie nationale, à établir un lien à la fois politique et moral entre les individus et l'ordre général, à fortifier les pouvoirs par l'appui qu'ils trouvent dans l'assentiment de tous, à relever

chacun dans sa propre conscience, et à ranimer le sentiment de solidarité par la part qu'il prend à la réalisation de l'idée du droit et de l'ordre de l'État; c'est encore à la représentation qu'il appartient de développer l'intelligence politique et de devenir un puissant moyen d'*éducation* populaire, de mettre en présence les divers intérêts qui ont à s'éclairer mutuellement et à se concilier, de maintenir les pouvoirs dans un juste accord avec les besoins, les intérêts, avec toute la manière de sentir et de vouloir de la nation, de donner enfin à celle-ci un contrôle efficace sur tous les pouvoirs, par les élections qui obligent la représentation de se retremper sans cesse dans la conscience publique. La représentation n'est donc pas organisée en premier lieu pour être un contre-poids mécanique contre le pouvoir central, parce que les efforts communs doivent être dirigés vers le même but, et son mobile n'est pas non plus la méfiance dont elle devrait s'inspirer envers le gouvernement, parce qu'un juste contrôle n'exclut pas une bonne entente quant à la direction générale de la politique. Au véritable point de vue, la représentation doit être autant que possible l'expression, non de la volonté, mais de l'intelligence, de la raison et de la culture sociales. La volonté est sans doute, dans l'individu comme dans toute communauté, le pouvoir qui décide et exécute en dernière instance; mais, de même que la volonté individuelle doit être soumise à la raison, de même il importe d'organiser les élections pour la représentation, de manière que les volontés puissent élire avec une meilleure connaissance des personnes et une meilleure intelligence des affaires.

La représentation étant comprise comme une fonction publique, les élections qui en sont la cause doivent être également considérées sous cet aspect. Le droit d'élection, tout en compétant de droit naturel à tout membre de la communauté, loin d'être une affaire privée, est une *fonction* réglée par le principe ou droit public, qui, comme nous l'avons vu (t. I, § 39), se distingue du droit privé en ce que les droits publics, étant constitués pour le bien commun, impli-

quent en même temps pour celui à qui ils compètent l'obligation de les exercer. Ce point de vue n'a pas encore prévalu pour le droit d'élection, qui, sous une face essentielle, est encore considéré comme un droit privé dont l'usage ou le non-usage est abandonné à la volonté des électeurs (t. I, p. 212). C'est une preuve que la conception moderne de l'État et de la représentation n'a pas encore complétement triomphé dans le droit d'élection. Du reste, la question a été soulevée et transportée déjà de la science dans la discussion publique (elle fut aussi soulevée en France, en 1848, lors de la discussion de la constitution républicaine), et elle finira sans doute par être résolue, comme la nature des rapports l'exige [1] et comme elle a été résolue pour les fonctions plus pénibles des jurés.

§ 118.

DES MODES DE FORMATION DE LA REPRÉSENTATION OU DES SYSTÈMES D'ÉLECTION.

Pour tous les systèmes d'élection, quelque divers qu'ils puissent être, il y a un principe qui doit les dominer tous, c'est d'abord que le droit d'élection est un droit naturel compétant à chaque citoyen en sa qualité de *membre* de la communauté politique, et ensuite que ce droit est, comme tout droit, attaché, quant à son *exercice*, à des *conditions* que les lois doivent établir, pour assurer à ce droit une exécution vraie, sincère, en rapport avec le *but* pour lequel il est constitué.

Le droit d'élection est un droit naturel, parce que l'État est aussi un ordre naturel, et que le droit d'élection est la

[1] Nous avons fait valoir ce point de vue dès la première édition de ce Cours. Autant que nous sachions, il n'y a que la constitution du Brésil dans laquelle le droit d'élection est aussi fixé comme une obligation qu'un électeur, sous peine d'une amende, doit remplir. Sans doute, il peut y avoir des circonstances où un électeur peut être autorisé, par sa conscience, à ne pas élire du tout ou à protester contre une élection, mais alors il doit donner un bulletin blanc ou protester réellement.

manifestation active du rapport organique de chaque membre et de ses intérêts avec le tout et les intérêts publics. Car chaque membre, comme tel, a une opinion, un intérêt à faire valoir, et sa vie est intimement liée avec la destinée commune. Ce droit naturel n'est reconnu que successivement par la société; mais il est doué d'une force interne qui pousse irrésistiblement le principe à son application complète. Le suffrage universel est venu le consacrer tout d'un coup dans plusieurs grands pays du continent, et, quoiqu'on puisse désapprouver la manière dont il a été établi et dont il y est procédé, on ne peut plus songer à le retrécir, à élever de nouvelles barrières artificielles, sous peine de provoquer un juste mécontentement dans une notable partie de la population et de semer de nouveaux éléments de discorde et de trouble.

D'un autre côté, tout droit doit être déterminé d'après le but pour lequel il existe. Déjà, dans le droit privé, la loi prend soin que, dans tous les rapports et actes de droit, la volonté de l'agent ou du contractant ne soit pas faussée par violence, erreur, dol, qu'elle reste libre, que le moi soit respecté dans sa liberté; à plus forte raison le droit public doit-il veiller à ce que le droit d'élection ne devienne pas une simple fonction de la volonté, n'importe de quelle manière elle soit déterminée et influencée, mais qu'elle soit une fonction de la liberté, c'est-à-dire de la volonté régie par l'intelligence propre. Or, la moindre condition que la loi puisse exiger à cet égard, c'est qu'un électeur ait acquis ce degré d'instruction qui est offert par l'enseignement élémentaire, et qui peut être constaté soit par certificat de fréquentation ou d'examen, soit plus simplement par la condition exigée de chaque électeur, d'écrire lui-même son bulletin. Sans doute, l'intelligence peut aussi se développer dans le commerce social, mais le droit ne peut chercher des garanties que dans des conditions susceptibles d'être constatées d'une manière certaine et uniforme. C'est même un des

bons résultats que le suffrage universel doit amener dans plusieurs pays, que l'instruction élémentaire soit déclarée obligatoire par l'État, et que les classes supérieures prennent plus de soin de l'élévation des classes inférieures, avec lesquelles elles concourent à l'exercice de cette importante fonction publique. Mais quand on établit le suffrage universel sans cette condition élémentaire, on en fait nécessairement un champ de bataille, pour gagner par tous les moyens de ruse, de mensonge, de violence morale, des électeurs qui, ne sachant pas même lire et écrire, peuvent bien difficilement se soustraire à ces manœuvres. L'opposition qu'on fait encore à un tel règlement du suffrage a théoriquement sa source dans cette fausse opinion, que les élections n'ont qu'à constater la volonté, abstraction faite de la manière dont elle est déterminée; et ensuite c'est le mauvais esprit de parti politique ou confessionnel, comptant exploiter à son profit l'ignorance des masses, qui tend à maintenir dans la pratique un système condamné même par la plus simple raison politique, et par des démocrates sincères, honnêtes, tels que J.-St. Mill, lesquels, en désirant l'avénement d'une démocratie intelligente, morale, voient dans le suffrage surtout une récompense que tous ont à mériter par l'instruction qu'ils acquièrent dans les premiers éléments du savoir humain.

Cependant, sur la base de ces principes communs peuvent s'établir deux systèmes d'élection, dont l'un a reçu une application presque complète, et l'autre est encore en voie d'élaboration théorique, mais provoqué par le profond besoin de chercher un remède aux grands abus auxquels le premier a donné lieu.

Le *premier* système est un système *abstrait*, *individualiste*, *atomistique*, partant de la notion abstraite du *citoyen*, réalisée d'une manière égale dans chaque membre de la communauté politique, et appelant à l'élection le citoyen comme tel, sans tenir compte de toutes ses autres qualités importantes, de tous les rapports réels, essentiels et permanents qu'il sou-

tient dans l'ordre social. Ce système, ne connaissant que la qualité formelle de citoyen, devient dans l'application un système mathématique de numération et de majorité, et, poussé à ses dernières conséquences, il devrait aussi faire abstraction, sinon du temps, au moins de l'espace, c'est-à-dire des localités dans lesquelles se font aujourd'hui les élections par les citoyens, qui y sont accidentellement réunis, pour faire (comme le proposent aussi Hare et Mill, quoique pour un but en lui-même très-louable) de tous les citoyens d'un pays une seule masse électorale, dont les individus auraient à exercer le droit d'élection sur tout le pays. Ce système d'élection est encore une grave conséquence de la théorie de Rousseau qui, absorbant l'homme dans le citoyen, tout l'ordre social de culture dans l'État, devait établir le droit d'élection sur la qualité générale de citoyen. On a souvent plaisanté sur les «entités» du moyen-âge, qui donnait aux abstractions une existence réelle; mais la société moderne est imbue d'abstractions encore plus graves, parmi lesquelles celle du «citoyen» (nom qu'en 1848 encore, on avait repris en France pour le langage parlementaire) occupe la première place. La théorie que nous avons établie préserve de cette conception exclusive, en faisant reconnaître dans chaque membre de l'ordre social sa double qualité de membre de l'ordre politique et de membre d'un ordre de culture humaine, deux qualités qui, comme nous le verrons, doivent trouver une expression conforme dans le système d'élection et de représentation.

Le système d'élection par tête de citoyen, adopté d'abord dans la constitution des États-Unis, ensuite par la révolution en France, et reparaissant de nos jours soudainement dans le suffrage universel, a été longtemps diversement modifié et restreint, tantôt par le mode d'élection à double degré, tantôt et principalement par la fixation d'un cens électoral.

Depuis le système des cinq classes censitaires (avec une classe de prolétaires estimés par tête, *capite censi*) établi par Servius Tullius, jusqu'au système électoral pour le royaume

de Prusse (de 1851, encore aujourd'hui en vigueur), fondé sur le mode d'élection à double degré et sur trois classes de censitaires, le talent de combinaison peut s'ingénier à son aise pour établir, sur cette base, divers systèmes électoraux, mais qui pécheront tous par le principe, c'est-à-dire par le problème impossible qu'ils se proposent de résoudre, de mesurer les qualités intellectuelles et morales d'un électeur, l'intérêt même qu'il porte à un bon ordre politique, d'après sa fortune ou les impôts qu'il paye à l'État. Ce système peut revendiquer le mérite d'établir au moins certaines barrières, qui, selon le tempérament d'un pays, peuvent opposer, pendant un temps plus ou moins long, des digues utiles aux débordements des flots politiques, et donner le temps nécessaire pour l'éducation successive du peuple; mais elles n'ont pas leur raison d'existence dans un principe juste en lui-même, et quand même elles n'auraient pas été détruites soudainement par les grands sauts politiques qu'on a fait faire aux peuples sur le continent, il aurait toujours fallu prévoir cette époque et discuter le système dans son principe fondamental: l'élection générale par tête.

Or, nous avons fait voir plus haut que ce système a pu se développer librement, aux États-Unis, dans toutes les conséquences découlant logiquement de ce principe, que les faits sont toujours conformes aux causes. Il s'ensuit que, la grande partie du peuple étant partout relativement plus ignorante, les élections appelleront toujours à la représentation d'un pays ceux dont l'intelligence se trouve ou se met par prudence au niveau de l'intelligence des masses, et en adopte ou en exploite les passions. Ce principe reçoit seulement une modification par les forces ou les influences dont l'intelligence des masses subit l'ascendant. Car il est un fait fondé sur la nature des choses et prouvé par l'histoire, c'est que les classes inférieures ont elles-mêmes le sentiment de leur faiblesse, de leur manque de connaissance, qu'elles veulent être gouvernées et demandent à être guidées dans

de pareilles opérations politiques par des hommes en qui elles mettent leur confiance. La question consistera donc à savoir qui, selon les circonstances, a le plus de chances de s'emparer de la direction. Or, ces chances sont les plus favorables au parti qui peut entrer dans la lutte électorale avec la meilleure et la plus forte organisation, avec une milice obéissante, exécutant fidèlement le mot d'ordre qu'elle a reçu. Un tel parti bien discipliné peut exister en divers pays sous diverses formes: il s'est organisé, aux États-Unis, au sein même du peuple, dans les deux partis principaux dont chacun opère par une discipline presque militaire; dans les pays monarchiques de l'Europe, où les gouvernements sont bien plus fortement constitués, l'influence se mesurera d'après le degré de centralisation et d'après le degré de l'instruction populaire, et quand à une forte influence gouvernementale se joint encore l'influence d'une Église fortement organisée, le système électoral, qui devrait appeler des hommes capables d'exercer un contrôle sur le gouvernement et de maintenir les voies de la culture dégagées des entraves que l'esprit rétrograde sait mettre partout, servira seulement à maintenir la servitude politique et morale du peuple. Quelles que soit d'ailleurs les modifications que ce système de suffrage universel puisse subir en Europe, il n'échappera jamais aux conséquences principales qu'il a produites aux États-Unis. Son procès a été instruit depuis longtemps par la science politique, et le jugement que l'examen impartial en a déjà porté, c'est que ce système n'est pas une institution et un instrument pour le *self-government* du peuple, pour sa vraie liberté, mais pour sa domination au moyen des diverses influences qui tendent à se substituer à son intelligence et à sa raison propres, pour prendre possession de sa volonté.

Ce sont ces graves défauts, inhérents au système d'élection par têtes ou du suffrage viril (appelé en anglais *manhood suffrage*), qui ont appelé l'attention d'esprits réfléchis sur un remède à découvrir. C'est principalement le danger de l'op-

pression des minorités par les majorités qui a préoccupé ces esprits et les a portés à proposer à cet égard certaines réformes, d'autant plus que le mensonge interne de tout ce système numérique peut se manifester en ce que la minorité électorale peut, par une certaine combinaison, devenir la majorité[1]. Mais toutes les mesures qu'on a proposées sont impuissantes à apporter un remède efficace.

Sans parler du *veto* que déjà Jefferson réclamait en faveur des États du sud de l'Union, pour certains cas, contre des résolutions prises par la majorité de la représentation, une proposition faite (avant 1848) par un fouriériste, M. Victor Considérant, tendait à faire voter les électeurs par programmes de parti (socialistes, libéraux, etc.) sur toute la surface du pays, de sorte que chaque parti pourrait élire à peu près un nombre correspondant de députés. Mais quoique les opinions diverses sur la direction à donner au gouvernement d'un pays soient toujours représentées par des partis, il serait cependant contraire à l'idée éthique de l'État d'ériger l'esprit de parti en principe électoral.

Une autre proposition, faite en Angleterre par M. Hare, et approuvée par M. Mill[2], tend à substituer à la représentation, se faisant aujourd'hui partout par *localités*, la *représentation* dite *personnelle*, établie ensuite de manière que l'élection, d'après ses effets, s'étendrait sur le pays entier,

[1] M. de Eötvös (autrefois ministre de l'instruction, en Hongrie) dit à cet égard, dans un ouvrage intitulé: *Der Einfluss der herrschenden Ideen*, etc., t. I, p. 187: «Qu'on se figure 100 colléges électoraux, chacun de 4000 électeurs; en supposant que, dans 51 de ces colléges, les députés soient nommés par une majorité de 2500 contre 1500, tandis que dans 49 colléges les élections se fassent avec une majorité de 3500 contre 500, il y aura dans ce cas, pour 51 députés, une minorité de 127,000 électeurs, tandis que 49 députés ont été nommés par 171,500 électeurs.» Nous rappelons encore que, dans le système actuel d'élections, où souvent la plus grande partie des électeurs ne prend pas part aux élections, celles-ci sont, dans un autre sens, presque généralement des élections de minorités.

[2] Thomas Hare, *The election of representatives*, new edit., London, 1865; J.-St. Mill, *Considerations on representative government*, London, 1861.

que le nombre des votants (par exemple 2 millions) serait divisé par le nombre des députés à nommer (par exemple 500), et que chaque candidat qui réunirait le nombre nécessaire de suffrages (4000) serait élu; que de plus, pour empêcher la réunion inutile de suffrages sur la même tête, chaque électeur serait tenu de mettre sur son bulletin une liste de plusieurs candidats par ordre de préférence. Mais ce système d'élection, qui serait très-compliqué dans l'exécution (comme le plan pratique communiqué par M. Hare le fait assez voir) ne serait en réalité que l'exagération du principe d'élection par tête, et pécherait encore essentiellement en ce qu'il ne tient pas compte de la situation intellectuelle et morale des électeurs. Déjà dans le système actuel, l'électeur se trouve souvent embarrassé de choisir en toute conscience un seul candidat; à plus forte raison devra-t-il, partout où il sera obligé de faire une liste de candidats, se fier au jugement de ceux avec lesquels il se trouve plus ou moins en communauté d'opinions politiques. Si on excepte un petit nombre de candidats célèbres qui réuniraient une immense majorité, il faudrait au moins pour tout le reste, à l'effet de mettre un peu d'ordre et de cohésion dans cette masse d'atomes électoraux flottant, comme des âmes en peine, sur tout le pays, qu'il se fît une organisation de partis avec une direction dans les grandes localités, et le système devrait ainsi dans la pratique aboutir au système de partis de M. Considérant. Dans le système ordinaire du suffrage universel, il y a encore un certain mode naturel de distribution d'après les localités, même d'après les villes et les campagnes; mais le système critiqué déclare, par la bouche de M. Mill, « qu'il s'agit, non de représenter des pierres et des briques, mais des personnes humaines ». Sans doute, la personne est partout le fondement et le but, mais la personne humaine, n'étant pas encore pur esprit, vit au contraire dans l'espace et poursuit certains buts dans une localité; et les intérêts locaux, ceux d'une capitale comme d'un grand centre

de culture, ou d'une ville d'industrie et de commerce, ou d'un district d'agriculture, jouent aussi un rôle légitime dans un parlement; cependant le système nouveau n'en veut pas tenir compte, il s'élève à la plus haute abstraction mathématique et formelle, où l'homme n'est plus qu'un nombre et un citoyen pur et simple d'un pays, en sorte que les mauvaises conséquences, inhérentes au suffrage universel à cause de son abstraction politique, seraient encore rehaussées par l'abstraction mathématique. L'accueil favorable que ce système a reçu s'explique du reste par le fait qu'il est un reflet fidèle de notre époque, qui, dans les sciences physiques et morales, tend à éliminer toutes les qualités et à les résoudre en quantités numériques; toutefois la réalité elle-même s'élève à la fin pour opposer une barrière contre laquelle tous ces systèmes doivent se briser.

D'autres vues de réforme ont été encore proposées par M. Mill, qui, tout en adoptant en principe le système précédent, aimerait à le compléter par un nouvel élément, d'ailleurs d'une telle importance, qu'il en changerait essentiellement la base. En partant du juste point de vue que l'intelligence doit être le fondement et même la condition du droit de suffrage, M. Mill ne veut pas seulement conserver le droit d'élection à des centres d'instruction, comme les Universités, et le donner à d'autres corps scientifiques, actuels ou futurs, mais il va même jusqu'à proposer un *vote plural* ou cumulatif, un double ou triple vote à tous ceux qui, par leur position sociale, en seraient jugés dignes, ou qui, après un examen qu'il serait assez disposé à faire instituer, avanceraient à un grade supérieur d'électeur. Par la première proposition, M. Mill a abordé, sans doute, la voie qui tend directement à un but essentiel de toute élection, celui de faire représenter les grands groupes d'intérêts sociaux; mais la proposition d'un *vote cumulatif*, outre qu'elle sera repoussée par l'esprit démocratique d'égalité, pêche encore en ce qu'elle tente ce qui est impossible, à savoir de mesurer l'intelligence arithmétiquement par un nombre de votes. M. Mill, partageant

l'erreur de son compatriote Buckle, voit le progrès des individus et des peuples uniquement dans les connaissances dont ils enrichissent leur capital intellectuel et social, et non dans la morale et la moralité, qui cependant est le foyer le plus intime et la force de concentration, de cohésion et de direction de toute vie (t. I, p. 124); et dans les élections, ce n'est pas non plus seulement dans l'intelligence, mais avant tout dans la moralité, que l'ordre public doit trouver son appui.

Enfin un dernier système d'élection a été proposé par M. James Lorimer (*Constitutionalism of the future*, London, 1867)[1], qui, à ce qu'il paraît, a voulu traduire la pensée fondamentale de M. Mill en un système complet. D'après cet auteur, toute la société doit être envisagée selon son expression, «dynamiquement et non mécaniquement», comme «une association de forces individuelles de valeur inégale, et non pas comme un troupeau qu'on évalue par tête», et le système d'élection doit en quelque sorte la «photographier», en devenant «une expression adéquate de tous les pouvoirs de la société tels qu'ils existent», et il en conclut qu'il faut diviser la société en un certain nombre de classes, déterminées par les revenus, l'intelligence, les services rendus, la position, l'âge (— et le sexe? —), la moralité; classes qui ne seraient pas fixes, invariables, comme celles de Servius Tullius ou les anciennes corporations, mais flottantes, appropriées aux changements qui interviendraient dans tous les rapports. Mais, si l'on excepte les revenus, il est impossible de former des classes électorales et d'évaluer les votes d'après des qualités purement personnelles; au contraire, on peut même établir en principe que la qualité générale de personne humaine, dominant toutes les autres qualités, doit servir de point de départ

[1] Nous ne connaissons cet ouvrage que par l'article de M. Ernest Duvergier de Hauranne, dans la *Revue des Deux-Mondes*, 1er avril 1868, intitulé: *La démocratie et le droit de suffrage*, article qui, sans faire mention de la théorie de M. Considérant, discute aussi le système de MM. Hare et Mill, mais se déclare en général pour le suffrage universel localisé.

dans tout système d'élection, et que des classes, si on veut les établir, doivent être formées d'après les rapports sociaux permanents, propres à être constatés d'une manière certaine.

C'est ce dernier point de vue qui a prévalu, en Allemagne, chez les divers auteurs qui se sont occupés de la question de la réforme du système électoral. De même qu'en Allemagne on a montré, dans la pratique politique, jusqu'à la constitution de la confédération du Nord, de 1867, basée sur le suffrage universel, une grande répugnance à adopter le système de l'élection par tête, et que, à l'exception du système prussien (de 1851) des trois classes censitaires, aussi malencontreux en principe que dans l'exécution, on y a apporté, dans presque tous les États, de notables modifications, de même la science politique a depuis longtemps signalé le caractère individualiste, atomistique, presque anti-social de ce système, et en a cherché le remède dans un *principe* nouveau. A cet égard, on est tombé généralement d'accord sur ce point fondamental, à savoir qu'un principe plus organique de cohésion ne peut être trouvé que dans les grands groupes d'intérêts communs par lesquels les hommes sont liés dans la culture commune d'une branche du travail social. C'est donc principalement d'après les sphères naturelles du travail social qu'on a proposé d'organiser le système d'élection, et la divergence d'opinions d'ailleurs assez secondaire s'est seulement manifestée sur le meilleur mode de former ces groupes d'intérêts sociaux [1]. Cependant ce système ne

[1] Si l'on fait abstraction des théories qui tendaient seulement à restaurer, avec quelques modifications, les anciens ordres féodaux (Adam Müller, Jarke, J. Stahl, et d'autres), nous croyons avoir donné, par la théorie du droit public de notre Cours de droit naturel, première édition (1837-1839), la première impulsion à ce genre de recherches. Notre proposition allait alors à constituer les élections d'après les grands groupes ou ordres de tout travail social, d'après l'ordre religieux des confessions, l'ordre scientifique, artistique, d'instruction, l'ordre économique de l'agriculture, de l'industrie et du commerce. M. de Mohl y donna en principe son adhésion (dans l'article cité, p. 352). Quelque temps après, M. Liebe (ministre des finances dans le Brunswick), adopta l'idée fondamentale dans son ouvrage: *Der Grundadel und die neuern*

présente qu'une face partielle du vrai système complet de l'élection et de la représentation, et la grave erreur qu'il renferme d'un autre côté consiste à faire envisager l'État seulement comme une agrégation d'ordres ou d'intérêts sociaux particuliers, en méconnaissant les principes d'unité et de lien par lesquels ces divers groupes doivent trouver la cohésion entre eux-mêmes et leur soumission à l'intérêt commun de l'État et de tout l'ordre social. Sans doute, ce système d'élection par groupes d'intérêts sociaux, s'il était adopté seulement pour l'une des chambres, pourrait déjà devenir un correctif assez puissant pour le système ordinaire, et préparer l'esprit public à voir dans la société elle-même un

Verfassungen (l'aristocratie foncière et les constitutions modernes), 1844, par un extrait presque littéral (p. 142) de mon ouvrage. Après le mouvement politique manqué de 1848, la théorie fut plus systématisée par M. Levita, dans l'ouvrage : *Die Volksvertretung in ihrer organischen Zusammensetzung*, 1853, et par M. de Mohl, *Staatsrecht und Politik*, 1860, lequel propose de faire trois groupes d'intérêts, le groupe d'intérêts *matériels*, représenté par la grande et la petite propriété foncière, par l'industrie et le commerce, avec certaines sous-divisions, le groupe d'intérêts *spirituels*, représenté par les Églises, l'ordre scientifique, artistique et d'instruction, et le groupe d'intérêts *locaux*, représenté par les communes. M. Bluntschli, dans un article du *Staatswörterbuch*, « *Wahlrecht* », 1867, pense aussi que l'élection, d'après sa juste idée, devrait tenir compte des divers groupes de vocation sociale, mais il ne s'en explique pas davantage, parce que, selon lui, notre époque n'est pas disposée à porter un remède sérieux au système actuel. Cependant, la science a évidemment aussi le devoir de signaler le faux, comme de rechercher et de développer la vérité. Dans la doctrine organique de l'État (*Organische Staatslehre*, Wien 1850), j'avais déjà reconnu que le système de représentation et d'élection par groupes d'intérêts était exclusif, que l'unité et la totalité de la nation s'y trouvaient éparpillées. Je ne vis alors d'autre remède que de combiner le système d'élection par intérêts pour la première chambre, avec le système ordinaire localisé pour la seconde chambre, parce que j'étais convaincu de la nécessité de deux chambres pour chaque grand État, tandis que le système d'intérêts portait les divers auteurs à n'admettre qu'une seule chambre. Ce n'est que plus tard, et surtout à la suite de l'étude continuée du grand nombre d'ouvrages sur l'Union américaine, signalant tous les désastreux effets du suffrage universel, autant pour les États particuliers que pour l'Union, que j'ai acquis la conviction qu'il fallait rompre avec tout système atomistique exploité par les plus mauvaises passions des partis, et j'ai alors compris que l'organisme naturel de la société, telle que la doctrine philosophique de Krause le fait connaître, est aussi le modèle et l'idéal pour le système naturel d'élection et de représentation.

organisme de divers ordres ou groupes d'hommes et d'intérêts[1], mais il ne peut pas être considéré comme le système vrai et complet.

Le système naturel d'élection et de représentation doit être un reflet et en quelque sorte un extrait de l'organisme social. Or, cet organisme se compose, comme nous l'avons vu (t. I, p. 133), de deux espèces de groupes ou de sphères: d'un côté, de sphères qui, en embrassant les hommes sous toutes les faces principales de la vie, aux divers degrés de la famille, de la commune, de la province, maintiennent l'unité et la totalité de la personnalité individuelle et collective, et, d'un autre côté, de sphères de culture constituées par la division naturelle du travail social d'après les buts principaux de la vie humaine. Sur le type de cet organisme s'établit un système d'élection aussi simple que naturel, d'après les principes suivants.

Il y a un droit d'élection inhérent à toute personnalité majeure, qui occupe une position distincte dans l'ordre public. Les femmes qui ont un état indépendant ne peuvent pas être exclues de ce droit.

Ce droit d'élection serait exercé par chaque personne à la fois dans les deux genres de groupes, parce que, d'un côté, elle appartient à une famille (voir troisième division), à une commune, à une province, et exerce dans chacune de ces sphères le droit d'élection pour la constitution des conseils correspondants, et que, d'un autre côté, elle fait ou doit naturellement faire partie d'un ordre de travail ou de

[1] Ce système d'élection et de représentation par états et intérêts sociaux reçut une première application dans mon pays natal, le Hanovre, en 1848; c'est la première chambre qui fut constituée par des représentants élus par quatre ordres, l'ordre des grands propriétaires fonciers (abstraction faite de l'état de noblesse), l'ordre de l'industrie et du commerce, l'ordre de l'Église et des divers degrés de l'instruction publique, enfin l'ordre de jurisconsultes, divisé en ordre judiciaire et ordre des avocats; la seconde chambre fut composée d'après le système ordinaire. Les chambres fonctionnaient très-bien, mais toute la constitution fut renversée par la réaction absolutiste et féodale, en 1855.

culture sociale, et coopérer par sa voix à la constitution des conseils ou assemblées qui en gèrent les affaires, conseils qui existent déjà en grande partie dans l'ordre économique, comme chambres d'agriculture, chambres d'industrie et de commerce, et qui un jour seront sans doute créés aussi pour les autres ordres.

La représentation générale ou nationale, pour réfléchir cet organisme interne de la société dans ses deux genres de groupes, devra être le produit d'un double système d'élection, et se diviser en deux assemblées ou chambres, reposant sur des principes distincts, dont l'une, que nous voulons nommer la première, représenterait les sphères de vie complète ou les grands centres de vie localisés à divers degrés, et constitués en dernier lieu par les provinces d'un État plus unitaire ou par des États-membres d'un État fédératif. Les divers degrés inférieurs ayant déjà coopéré à l'élection de l'assemblée provinciale ou d'une législature d'un État particulier, c'est naturellement par les assemblées provinciales (ou d'une législature) qui seraient nommés les membres de la première chambre. La seconde chambre, au contraire, serait formée par élection dans les divers ordres de culture, ou, comme on dit, d'intérêts sociaux; cependant, comme ces ordres, qui pourraient encore recevoir certaines sous-divisions, ne présentent pas une gradation comme la première série, mais sont coordonnés, chaque ordre d'intérêt ou chaque sous-division principale devrait être appelé à nommer, non par son conseil dirigeant, qui d'ailleurs, dans plusieurs ordres, n'existe pas encore, mais par le concours direct de tous ses membres, le nombre de représentants qui lui serait affecté par la loi.

Un tel système d'élection et de représentation présenterait de grands avantages.

D'abord il conduit naturellement, pour un État qui réunit les conditions d'une existence politique distincte, au système de deux chambres, dont chacune remplirait une fonction spé-

ciale importante; la seconde chambre, sortant d'élections directes, et réunissant les représentants de tous les intérêts sociaux particuliers, aurait à examiner, d'une manière *prédominante*, chaque question au point de vue de ces divers intérêts, et à amener, dans certains cas, une équitable transaction; la première chambre, au contraire, sortant d'une élection au fond indirecte de grands corps politiques, aurait à examiner les diverses questions du point de vue de l'intérêt général, commun, dominant les intérêts particuliers, et aurait aussi à défendre l'intérêt général contre la coalition que plusieurs intérêts formeraient, peut-être avec succès, dans la seconde chambre. Ces deux chambres ne seraient donc pas constituées dans le but d'établir le vote double sur une question, mais à l'effet de la faire envisager d'un *double point de vue*, organiquement, du point de vue de la partie dans ses rapports avec toutes les autres parties, et du point de vue du tout, dominant les parties et tous les intérêts particuliers. Les deux principes de *conservation* et de *mouvement* trouveraient, en une juste mesure et sans exclusion, une représentation prédominante par le mode différent de l'élection.

Quant à la seconde chambre, l'un des avantages principaux consisterait en ce que les élections se feraient, mieux que dans tout autre système, en pleine connaissance des choses et des personnes, parce qu'un électeur, participant à un ordre par son travail de vocation, serait à même de choisir les personnes qui se seraient distinguées, non par des discours politiques, mais par l'entente et la bonne administration des affaires, par l'estime dont elles seraient entourées, par leurs travaux dans l'ordre de culture intellectuelle et morale.

Sans doute, il y aurait aussi, dans chacun de ces ordres, des partis portés, l'un plus vers les réformes, l'autre plus pour le maintien de l'état actuel des choses, mais les partis seraient toujours obligés de tenir compte de l'intelligence propre de

chaque électeur et de proposer des candidats jugés d'après leurs *actes*, d'après le talent *pratique* dont ils auraient fait preuve dans la gestion des affaires.

Ce système offre une solution naturelle des problèmes posés par les autres théories; il n'organise pas des partis politiques abstraits, mais il assure une représentation à tous les grands intérêts permanents, pour lesquels les électeurs, chacun selon sa profession, prennent plus ou moins parti, et qu'ils mettent souvent sur la première ligne; il n'établit pas des classes graduelles dans lesquelles les électeurs majeurs seraient placés comme dans une école, mais des classes qui, selon le degré et le caractère de culture d'un pays, peuvent différer d'après leur importance et d'après le nombre des électeurs, sans être subordonnées l'une à l'autre. On a objecté que le système ordinaire amène aussi des représentants de toutes les classes sociales; mais ils ne sont élus ni dans une juste proportion, ni par ceux qui sont le plus à même d'apprécier leur mérite.

Ce système peut réaliser, en sous-ordre et dans une juste mesure, le but que se propose la théorie de MM. Hare et Mill, théorie en réalité impraticable dans un grand pays qui n'est pas habité par de purs nombres, susceptible pourtant d'être appliquée dans les ordres particuliers de vie et de culture, dans lesquels il n'y a qu'un nombre restreint de représentants à élire, connus de tous les membres d'un ordre particulier.

Ce système repose sur le suffrage universel, non abstrait et confus, mais organisé, déterminé d'après les grands organes permanents de la vie et de la culture, et il oppose, non à la démocratie honnête, mais à la démagogie exploitant au profit des meneurs, la docilité, les connaissances imparfaites et les passions du plus grand nombre, le *divide et impera* dans un juste sens, en affranchissant les électeurs de l'empire des partis, et en les constituant maîtres de faire eux-mêmes le choix d'après leur propre intelligence. Aussi

sont-ce les meneurs de parti dans la presse, dans les associations, condamnés à l'impuissance par ce système, qui lui feront la plus forte opposition sous prétexte qu'il ramènerait les ordres féodaux, dont les nouvelles classes cependant sont aussi distinctes que la liberté l'est de la contrainte.

Ce système enfin n'est plus à l'état de simple théorie, il peut s'appuyer sur des faits de l'expérience, en partie déjà très-heureuse et presque décisive. Car l'organisation de la première chambre se fonde sur le même principe qui a conduit à l'excellente constitution du Sénat aux États-Unis, et qui, depuis 1848, a été appliqué en Hollande pour l'élection de la première chambre par les États provinciaux. C'est précisément sur le continent européen, où il n'y a ni les mêmes conditions historiques, ni les mêmes éléments sociaux pour constituer une première chambre aristocratique comme en Angleterre, et où tous les autres modes de constituer une première chambre ont été peu heureux, que le système proposé offre la meilleure solution de bien des difficultés, et donne encore un solide fondement au *self-government*, en appelant les corps politiques les plus considérables et les plus complets d'un pays, les provinces, à une représentation politique. Quant à la seconde chambre, le système d'élection par ordres ou intérêts sociaux a fait une courte apparition (de 1849-1855) dans le Hanovre, pour prouver au moins qu'il est parfaitement exécutable et qu'il peut conduire à de bons résultats. La pratique politique a ainsi indiqué la voie des réformes, que la théorie doit éclairer de la lumière des justes principes [1].

[1] Ce système se prête facilement à quelques modifications que la forme monarchique ou le degré de culture peut exiger. C'est ainsi que, dans l'État monarchique, les princes majeurs, les chefs de familles aristocratiques illustres, des capacités éprouvées dans le service public et nommées, d'après certaines règles, par le monarque, peuvent faire partie de la première chambre; cependant le principe exige que le plus grand nombre des membres soient élus par les États provinciaux. Quand même le système ne serait d'abord que partiellement appliqué à une seule chambre ou combiné avec le système ordinaire pour les deux chambres, il offrirait déjà de grands avantages et neutraliserait les mauvais effets des autres systèmes.

Quant aux deux modes d'élection, appelés l'un le mode *direct*, l'autre le mode *indirect* ou à double degré, ils peuvent être employés dans tout système, même dans celui que nous venons de proposer. Cependant, quoique le mode à double degré puisse former un certain correctif au suffrage universel, il ne peut guère se maintenir longtemps dans le mouvement démocratique moderne; il est de plus un mode artificiel, parce que l'intérêt direct de chacun dans l'ordre social doit trouver aussi, sous un rapport essentiel, une expression directe dans les élections.

La question du *scrutin public* ou *secret* dans les élections a été vivement débattue depuis l'agitation des partis à Rome jusqu'à nos jours. Ce qu'on peut affirmer, appuyé sur l'histoire, c'est que le scrutin public a été principalement demandé par les classes ou les partis qui veulent exercer une influence sur la grande masse des électeurs. Tandis que la démocratie à Rome parvint à introduire le scrutin secret *(tabellæ)*, au second siècle av. J.-C. (de 139-131), les Jacobins, Danton à leur tête, déclaraient, pour terroriser le peuple, que le scrutin public était aussi nécessaire que la lumière du jour; l'aristocratie en Angleterre a maintenu jusqu'à présent le scrutin public dans l'intérêt de son influence et pour opposer un correctif à l'extension du suffrage. Le scrutin public est donc une arme à deux tranchants. On a voulu le justifier en faisant valoir le caractère de fonction publique de l'élection. Cependant cette fonction, publique quant à son but, doit être remplie par chacun dans la pleine liberté de sa conscience, et cette liberté est toujours mieux protégée contre les influences illégitimes par le scrutin secret.

DEUXIÈME SECTION.

DE L'ADMINISTRATION ET DU DROIT ADMINISTRATIF DANS LE SENS LE PLUS GÉNÉRAL.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA DIVISION ET DES ORGANES SUPÉRIEURS DE L'ADMINISTRATION

§ 119.

I. L'administration, dans le sens général (p. 379), en tant qu'elle est opposée à la constitution, comprend les trois pouvoirs principaux dans leur exercice, le pouvoir gouvernemental, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. La doctrine complète de l'Administration se diviserait donc en trois parties; la première traiterait

du gouvernement,

en exposant les principes qui prescrivent au gouvernement de veiller aux intérêts généraux et permanents du pays, de se maintenir, tout en s'appuyant sur la majorité, au-dessus des partis et de leurs passions, de diriger et de contrôler l'administration proprement dite, sans descendre dans les détails, et en laissant aussi une certaine latitude d'action aux organes auxquels les affaires sont confiées, de reconnaître la nécessité de maintenir ses vues et toute sa politique inté-

rieure et extérieure en contact et en accord avec les besoins et les intérêts généraux, tels qu'ils s'expriment par la voix publique de la presse et les organes représentatifs, et de régler toute sa conduite sur les principes de la constitution et sur les lois, pour donner au pays l'exemple du respect des lois et la confiance morale dans un ordre régulier et paisible de développement.

La *seconde* partie aurait à traiter

de la législation,

de l'esprit dont elle doit s'inspirer, esprit à la fois de droit et de culture, du mode dont les lois s'établissent par le concours du gouvernement avec la représentation, des diverses espèces de lois, etc.

Ces deux parties ne peuvent trouver une exposition plus ou moins détaillée que dans un traité plus complet de droit public.

La troisième partie, traitant

du pouvoir exécutif

dans ses deux branches ou fonctions, la fonction *judiciaire* et la fonction *administrative* proprement dite, sera ici succinctement exposée.

II. Organes supérieurs de toute l'administration.

Dans tout État assez grand pour être un État complet, les Ministères forment autant d'organes supérieurs qu'il y a de branches principales pour l'action de l'État. Ces ministères sont donc ceux de la justice, des finances, des cultes, de l'instruction publique, des sciences et des arts, de l'agriculture, de l'industrie et du commerce; à ces ministères s'ajoutent celui de l'intérieur et celui des affaires étrangères. Jusqu'à présent, on n'a pas su déterminer la juste position du ministère de l'intérieur dans l'ensemble de l'administration publique. On a pensé généralement que ce ministère se rapportait, d'après son essence, à toute la gestion intérieure des affaires, et que les autres ministères n'en étaient que

des branches séparées par suite d'une division utile du travail politique. Mais le ministère intérieur est d'un autre genre; il se rapporte précisément à cette série ascendante d'ordres que nous avons appelés, en les distinguant des ordres de culture, éthico-organiques, embrassant à divers degrés la vie complète, c'est-à-dire les personnes individuelles, les familles, les communes, les districts et les provinces; et cette conception est en parfait accord avec la pratique qui montre que les fonctions de ce ministère se rapportent généralement d'abord à ce qui tient à l'état des personnes physiques, à la population, à la statistique, à la naturalisation, aux droits de domicile, au régime sanitaire, à la bienfaisance publique, à la direction politique des communes, des districts, des provinces, aux élections, etc. Les besoins pratiques ont donc, par une espèce de logique instinctive, conduit à l'établissement d'un tel ministère que la science, scrutant bien l'organisme social, est parvenue seulement dans les derniers temps à bien concevoir dans sa nature.

Dans l'administration d'un État, il y a ensuite des organes ou des instances *intermédiaires* et des organes *inférieurs*. Cependant il est d'une haute importance qu'il y ait pour chaque espèce d'organes, surtout pour les organes intermédiaires, un cercle assez étendu d'affaires dans lequel ils décident en dernière instance. Plus un État est grand, plus cette autonomie est une condition essentielle du *self-government* et une garantie contre le régime bureaucratique. Car ce régime s'étend et se fortifie dans la proportion de la distance établie entre les organes particuliers et l'organe central appelé à décider en dernière instance.

CHAPITRE II

DU POUVOIR EXÉCUTIF EN PARTICULIER.

---

§ 12[illegible]

DE LA DISTINCTION ENTRE SES DEUX BRANCHES, LA JUSTICE ET L'ADMINISTRATION PROPREMENT DITE.

Le pouvoir exécutif a la mission de faire l'application des principes constitutionnels des lois et des prescriptions administratives qui y sont conformes aux rapports et aux cas individuels, concrets, qui naissent sans cesse dans le mouvement de la vie. Cette application, cependant, se fait en deux directions diverses, dans la juridiction ou la justice formelle, et dans l'administration proprement dite, comprenant principalement l'administration matérielle de la culture. La division se rapporte donc à la distinction que nous avons faite entre le but direct de l'État, consistant dans le maintien de l'état du droit, et le but final de culture, dont le droit et l'État doivent rendre possible la réalisation.

La distinction entre la justice et l'administration peut donc être précisée de la manière suivante.

Le fondement, le point de départ pour ces deux branches du pouvoir exécutif est le même; l'une et l'autre est régie par des lois ou règlements qui y sont conformes, et par des formes du *droit*, et il est tout à fait erroné d'assigner à la justice comme principe le *droit*, et à l'administration celui de l'*utilité* ou le bien en général, parce que le droit est l'âme de l'État et de son action, et, par conséquent, l'administration doit également se guider d'après les lois et les règles de droit. Il n'y a de différence entre ces deux branches que d'après le but et le mode de leur action.

La *justice* applique le droit en vue et pour le *but du droit* lui-même, elle tire sa satisfaction de la valeur propre et de la puissance formelle du droit, elle maintient et applique le droit pour le droit; elle entre en action quand il y a à juger ce qui est formellement juste dans des rapports de droit entre plusieurs partis, soit qu'il y ait conflit, soit que ces rapports exigent seulement d'être réglés par une autorité de justice, comme, par exemple, des affaires de succession. Mais comme la justice a seulement à juger, elle ne crée pas les cas sur lesquels elle doit décider, mais attend qu'ils se présentent ou sollicitent son entrée en action. Il s'ensuit que la fonction intellectuelle du juge est principalement une action formelle, logique, consistant à subordonner le cas particulier à la loi, à la règle.

L'administration, au contraire, a la mission de poursuivre, dans le *cadre* et dans les *limites* du droit, tous les buts de vie politique et de culture pour autant que, d'après le but de l'État, ils peuvent être accomplis par des pouvoirs politiques. L'administration applique donc le droit en vue de tous les *biens* de vie et de culture; ces biens sont la fin, et le droit en est le moyen, la forme et la limite. A la différence de la justice, l'administration n'attend pas seulement que des rapports ou des cas se présentent pour être réglés administrativement, mais elle exerce aussi, dans beaucoup de rapports, une fonction d'initiative, en prescrivant ce qu'il y a à faire dans un ordre de bien. Il s'ensuit que l'action administrative n'est pas purement formelle, qu'elle est plus matérielle, et présuppose chez l'administrateur une connaissance réelle des affaires qu'il est appelé à gérer.

Déjà pour cette raison, il est nécessaire de séparer, dans la vie pratique, la justice de l'administration. Si elles sont unies, il y aura toujours chez les fonctionnaires plus d'inclination à exercer la justice d'une manière administrative pour des buts qui lui sont étrangers, qu'à s'imposer dans l'administration des chaînes par un formalisme judiciaire.

La position de ces deux branches vis-à-vis du gouvernement est différente. La justice, ayant à appliquer le droit pour le droit, doit être indépendante de toute influence gouvernementale; l'administration, au contraire, tout en étant obligée de renfermer son action dans les limites légales, reçoit en grande partie son impulsion et sa direction du gouvernement.

§ 121.

DE LA DIVISION DE LA JUSTICE ET DE L'ADMINISTRATION DANS LEURS DIVERSES BRANCHES.

L'expérience démontre encore dans cette matière que la vie pratique des peuples arrive souvent, par une logique naturelle instinctive, à établir de plus justes distinctions qu'une science abstraite, laquelle, guidée par des points de vue exclusifs, a longtemps de la peine à les comprendre. C'est que les choses et les principes les plus simples échappent généralement le plus longtemps à l'intelligence. Or, quand on part de la vérité si simple, que l'État, comme tout être raisonnable, doit prévenir le mal, faire ce qui est juste et bien, et réparer l'injuste ou le mal qui a été fait, et quand on remarque que ces trois modes d'action coïncident aussi avec les trois formes du *temps* dans lesquelles s'accomplit toute action humaine, on comprendra facilement qu'il doit y avoir d'abord, du point de vue formel, mais d'ailleurs très-important, dans la justice aussi bien que dans l'administration, trois branches particulières. La justice se divisera donc:

1° en *justice préventive*, appelée généralement la police (plus exactement, police de droit ou administration de la *sûreté publique*, *Rechtspolizei*), ayant en vue l'avenir, et tendant *directement* à prévenir les infractions *possibles* dans l'ordre de droit et de culture, en tant que la cause de ces infractions réside dans l'action *volontaire* injuste et illégale. Cette police toute formelle est bien à distinguer de la police administrative (voir plus bas);

2° en justice qu'à défaut d'un nom technique exact nous voulons nommer *régulatrice*, ayant pour but de régler des cas, des faits, des rapports juridiques, tels qu'ils se présentent dans l'actualité, à l'effet de leur imprimer un caractère de droit formel: justice exercée en deux directions, *officiellement* aujourd'hui par une autorité judiciaire, comme dans la tutelle, la curatelle, l'adoption, l'état civil, dans le règlement des successions, etc., *volontairement* par la *juridiction volontaire*, comprenant le notariat, l'enregistrement, les hypothèques, etc. Le nom de juridiction volontaire, qu'on donne quelquefois à tout ce genre de justice, n'en désigne donc qu'une partie. Quelques auteurs en Allemagne (M. de Mohl) ont voulu ranger cette partie sous la catégorie de la justice préventive, parce que, dit-on, les actes de la juridiction volontaire ont pour but de prévenir les contestations entre les parties. Mais le caractère de ces deux genres de justice est bien différent; pour le saisir, il importe d'abord de bien remarquer que, dans le premier genre de justice, le but de prévenir est l'intention *directe*, *immédiate*; au contraire, dans la juridiction volontaire, le but direct est seulement d'imprimer à certains actes certaines formes, pour leur donner la certitude, l'authenticité, la publicité, et pour leur assurer d'avance certains effets juridiques, tandis que la justice préventive veut, sans égard à des parties quelconques, prévenir directement des infractions volontaires à l'ordre de droit et de culture, que l'État a la mission de protéger. Il faut d'ailleurs en général bien distinguer entre la prévention directe et la prévention indirecte. Quand on ne tient pas compte de cette distinction, on peut ranger toute l'activité de l'État sous la justice préventive, parce que l'éducation, ainsi qu'une bonne justice civile et criminelle, prévient beaucoup de procès et de crimes;

3° en justice *réparatrice*, ayant pour but de rétablir l'état de droit, troublé soit par des litiges entre des parties (et concernant non-seulement des causes de droit privé, mais aussi des causes de droit public entre les citoyens et les

portant préjudice, soit par des délits et des crimes: cette justice se divise en juridiction litigieuse ou contentieuse, appelée souvent aussi justice civile, et juridiction *criminelle*: cette dernière se subdivise encore, d'après les causes, en juridiction criminelle commune ou militaire, dont la dernière doit être déterminée d'après les causes et être appliquée seulement aux délits et crimes qui ont un caractère militaire.

II. La division de l'administration correspond complétement à celle de la justice.

1° Il y a une administration préventive, constituant la *police administrative*, dont le but consiste à prévenir tout ce qui peut porter atteinte soit aux personnes et à leur patrimoine, soit à l'ordre de culture, dans l'une ou l'autre de ses parties, double mal dont les causes se trouvent, en dehors de la mauvaise ou injuste volonté, soit dans des forces de la nature (comme les épidémies, etc.), soit dans des rapports sociaux (comme le paupérisme), soit dans des erreurs, plutôt que dans une injuste volonté: ces causes, pour être appréciées, exigent non-seulement la connaissance du droit formel, mais encore avant tout des connaissances spéciales, techniques. C'est ce dernier point qui est essentiel pour distinguer la police administrative matérielle de la police formelle de droit ou de sûreté.

2° L'*administration*, qui soigne les affaires telles qu'elles se présentent dans l'*actualité*, forme le domaine le plus important; elle est appelée l'administration par excellence, et comprend l'administration politique et celle de culture, dont traitera aussi sous ce rapport la troisième division.

3° Il y a aussi dans l'administration réparatrice une justice ou *juridiction administrative*, tant civile que criminelle. L'existence même de causes litigieuses et de délits dans le domaine de l'administration ne peut pas être sujette à contestation. Il s'agit seulement de savoir si les tribunaux ordinaires, civils et criminels, doivent décider de ces causes, ou s'il faut établir des cours spéciales de justice administrative (voir § 126).

On pourrait encore soulever la question s'il ne conviendrait pas de réunir la police de sûreté et la police administrative dans la main d'une seule autorité; cependant la police de sûreté exige en tout cas d'autres fonctionnaires (commissaires de police, gendarmes, etc.) que la police administrative, qui doit être exercée par des hommes bien instruits dans les matières dans lesquelles il s'agit de prévenir les lésions.

Nous avons encore sommairement à considérer les branches principales de la justice et de l'administration.

CHAPITRE III.

DE LA JUSTICE.

---

§ 122.

DE LA JUSTICE PRÉVENTIVE OU DE LA POLICE DITE DE SURETÉ

La justice préventive ou la police de sûreté a pour but de protéger l'ordre social contre des actes volontaires qui, d'après leur nature, *peuvent* blesser cet ordre, soit en lui-même, soit dans l'une ou l'autre de ses parties, ou dans l'un de ses membres. Cette justice doit s'exercer, comme toute justice, dans les limites de la constitution, des lois et des prescriptions (ordonnances) qui y sont conformes; elle n'a pas, pour ainsi dire, un domaine propre à elle, dans lequel elle puisse se mouvoir à son aise et faire valoir ses vues spéciales d'ordre, de bien et de salut public; elle est, au contraire, une branche de la justice (et il est aussi d'une grande importance pratique de la concevoir comme telle), et

elle doit se conformer aux lois, de sorte qu'il ne lui est pas permis de ramener en quelque sorte par une porte de derrière l'arbitraire contre lequel les lois ont voulu protéger directement les citoyens. Aussi doit-il y avoir une Cour de justice qui décide dans tous les cas dans lesquels le *droit* de la police est contesté de la part des citoyens, Cour devant laquelle les fonctionnaires de la police peuvent être traduits à cause d'actes illégaux (v. § 126). Dans la plupart des cas où son droit n'est pas contesté, la police doit traduire les contrevenants, dans les cas où elle ne peut pas se contenter d'une admonition, devant un tribunal de simple police qui décide de ces contraventions.

Dans cette fonction de punition, la police se distingue encore de la justice criminelle réparatrice, en ce qu'elle punit la *possibilité* du dommage ou du mal qu'un acte peut produire, qu'elle punit donc uniquement la contravention faite à une de ses défenses ou de ses prescriptions. Quand une voiture passe trop vite dans une rue fréquentée de la ville ou s'égare sur le trottoir, il y a une contravention de police et par suite une condamnation à une amende, quoique aucun mal *réel* n'en soit résulté. Car si un mal ou un domage *effectif* a été causé, ce n'est plus un tribunal de police, mais un tribunal ordinaire, qui devrait en décider. Jusqu'à présent, on a renvoyé d'ordinaire également aux tribunaux de police les cas de dommage léger.

La police, en dehors de sa fonction propre, remplit, dans l'organisme de l'État, une fonction *auxiliare*, comme *police judiciaire*, dont le devoir consiste, d'un côté, à informer la justice, quand un mal ou un dommage a été causé réellement; et, d'un autre côté, à rechercher, sur la réquisition du ministère public près d'un tribunal, tout ce qui se rapporte à un crime, et à chercher au besoin le criminel lui-même.

Les *mesures* de la police sont de plusieurs genres, déterminées par les droits ou les biens de culture qui peuvent être menacés par des actes volontaires.

Il y a des mesures à prendre contre des lésions possibles de l'*ordre de l'État* en général, mesures contre des sociétés secrètes, mesures de surveillance contre de grandes assemblées populaires en plein air, mesures contre des rassemblements, contre des tumultes, etc.

Il y a des mesures pour protéger les *personnes particulières* dans leur vie, leur liberté, leur patrimoine, par des défenses faites aux pharmaciens de vendre, sans ordre du médecin, des poisons, par la surveillance des inhumations, des individus suspects, etc.

Il y a des mesures à prendre contre des lésions possibles des divers ordres de culture; des mesures par rapport à la *moralité*, par la défense des jeux de hasard, d'exhibitions indécentes, de maisons publiques de prostitution[1].

Des mesures peuvent être prises par rapport aux lésions possibles par la *presse*; la surveillance doit être exercée par le ministère public institué près des tribunaux, parce que c'est l'autorité qui fera l'examen en vue de la poursuite; quand on charge de cette surveillance, contre le juste principe, l'administration seule ou même à la fois (comme en Prusse) le ministère public et la direction de la police, la presse peut s'attendre à des saisies fréquentes et tracassières, sans qu'il y soit donné suite par un procès.

[1] Dans cette matière impure, il importe d'écarter des principes toutes les fausses considérations. Quoi que des médecins aient pu dire en faveur de ces maisons, de la facilité de la surveillance, etc., toute saine théorie, qu'on commence aussi à considérer comme étant la meilleure pour la pratique, doit repousser ce qu'on peut appeler le système de bordel, par lequel l'État reconnaît un métier, celui des teneurs de telles maisons, métier qui vit de l'immoralité d'autrui, et emploie tous les moyens pour entraîner et pour maintenir des filles dans cet abîme d'immoralité. Il n'est pas au pouvoir de l'État de prévenir toute prostitution, il devra tolérer ce qu'on peut appeler le système individuel, en respectant le droit de domicile intérieur; mais les mesures sanitaires que prend la police ne peuvent être justifiées qu'en vue des dangers auxquels sont exposées des personnes innocentes et même des générations futures. C'est M. de Mohl qui, dans sa *Science de la police* (all.), 1845, s'est déclaré énergiquement contre le premier système, et même contre toute mesure sanitaire de la part d'une autorité publique. Sous ce dernier point, il ne nous paraît pas avoir tenu compte des personnes innocentes qui peuvent être atteintes.

Il y a encore des mesures par rapport à l'ordre économique, concernant les justes poids, etc.; des mesures par rapport aux voies de communication, etc.

Les fonctionnaires de la police doivent être responsables (comme en Angleterre) des contraventions qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions, contre les lois. Ce sont les tribunaux qui doivent en décider (v. § 126).

§ 123.

DE LA JUSTICE CIVILE ET CRIMINELLE.

La distinction que nous avons déjà établie (t. I, § 35), entre la justice criminelle et civile a été faite, en premier lieu, selon que, dans une lésion, la volonté a été *directe*, qu'elle s'est portée immédiatement, soit par dol ou par faute, sur l'objet (cause criminelle), ou que la lésion a été *indirecte*, qu'elle s'est couverte de formes légales, ayant eu lieu dans des affaires, par exemple dans une vente, en elles-mêmes parfaitement légales. C'est aussi par cette raison que le but de la justice criminelle doit consister, en premier lieu, dans la réparation, le redressement de la volonté mauvaise et injuste par l'amendement (t. I, p. 237), tandis que le but de la justice civile consiste à vider le litige, en fixant les droits et les obligations des parties selon la nature du rapport juridique formellement établi entre elles.

La justice civile et criminelle est une fonction dont la direction fait partie des pouvoirs de l'État; cependant cette fonction, comme tous les pouvoirs et leurs diverses branches, doit être exercée par une participation d'organes populaires choisis indistinctement au sein du peuple ou dans une classe du peuple.

Les peuples libres n'ont jamais abandonné aux seules autorités le jugement sur leurs intérêts les plus importants; de même qu'en Grèce et à Rome, les peuples germaniques

jugeaient primitivement des crimes dans leurs assemblées; plus tard, surtout depuis Charlemagne, c'est un tribunal tiré du peuple, la *Cour des échevins* (*Schöffengericht,* de *scaphan,* puiser ou trouver, c'est-à-dire le jugement), qui, sous la présidence d'un organe officiel dirigeant seulement, sans prendre part au vote, prononçait à la fois sur le fait injuste, sur la culpabilité et sur la peine. Ces Cours s'effaçèrent de plus en plus depuis la reconnaissance officielle du droit romain en 1495, et l'absolutisme, tant favorisé par ce droit, s'empara de plus en plus de toute la justice. Plus de trois siècles attestent à quels égarements et à quels raffinements de cruauté (qu'on songe à la torture), à quelle perte de tout sens commun (par exemple dans la théorie des preuves et des indices), la justice est fatalement conduite, quand elle devient purement officielle, en se détachant de la conscience morale et du bon sens de la nation (t. I, p. 184). C'est à l'Angleterre que fut réservée la noble mission de conserver l'élément populaire dans toute juridiction civile et criminelle, et de lui donner la forme particulière du *jury.* Avant Guillaume-le-Conquérant, la justice anglo-saxonne était organisée de la même manière que sur le continent; Guillaume, et plus particulièrement Henri II, en 1176, opérèrent un changement important en faisant prononcer, par des justiciers *(justiciarii itinerantes)*, présidant aux Cours de justice qu'ils tenaient dans leurs tournées, sur la peine, après que la preuve des faits avancés ou du crime avait été fournie. C'est principalement par suite de la défense des ordalies par le concile de Latran de 1215, sous Innocent III, et de la nécessité d'instituer dès lors un autre moyen de preuve, que le jury se forma dans son état actuel. Il y a encore divergence d'opinion sur la manière dont le jury s'est formé au nombre de douze membres, mais il est certain que ce jury, qui s'était déjà établi pour les procès civils entre 1164 et 1170, s'organisa avant 1221 pour les causes criminelles. Ce jury s'est maintenu jusqu'à ce jour pour les deux genres de causes, et a été adopté aux États-Unis.

C'est dans la seconde moitié du dix-huitième siècle que l'attention fut dirigée, surtout par Montesquieu (en Allemagne par J. Möser, dans ses: *Fantaisies patriotiques de* 1769), sur l'institution du jury comme juridiction pénale. Malheureusement Montesquieu présenta ce jury sous un point de vue essentiellement erroné, en déclarant, par une fausse division analogue à celle qu'il avait faite des trois pouvoirs, (v. p. 358) que le jury prononçait sur les *faits*, et le juge sur le *droit*, c'est-à-dire sur la peine qui, selon la loi, devait être appliquée au cas présenté. Mais le jury anglais répond sur la question de savoir si l'accusé est *coupable* ou *non coupable* du crime qui lui est imputé. Pour cette décision, on reconnaît au jury la capacité de savoir ce que c'est qu'un meurtre, un homicide, un vol, une falsification, etc., et de se prononcer, d'après ces notions de droit, positivement ou négativement sur la culpabilité. Au contraire, l'erreur de Montesquieu, unie à l'esprit légiste nourri par le droit romain, et se refusant à admettre que le peuple pût entendre quelque chose au droit, fit fausser le jury lors de son introduction en France, et ensuite sur tout le continent. Cependant, en Allemagne, J. Möser (qui cherchait, depuis 1768, à ranimer les anciens fondements germaniques de la liberté) avait fait déjà remarquer que, si on refusait aux gens du peuple la capacité de prononcer sur un crime, on ne pouvait pas les punir d'avoir commis un crime, puisque la perpétration imputable d'un crime présupposait nécessairement la conscience de ce que c'était un crime; mais on ne tint pas compte de cette juste vue, et lorsque le jury, après une longue et forte opposition des jurisconsultes, fut également établi en Allemagne, depuis 1848, il fut statué, comme en France, que les diverses notions de crimes, donnés par le code pénal, devaient être distinguées, pour l'intelligence du jury, dans leurs diverses parties ou dans leurs éléments les plus simples, et que le jury aurait à répondre sur chacun des éléments ou faits formant souvent une liste assez longue. Tandis qu'en Angle-

terre le jury est considéré comme une réunion d'hommes majeurs, ayant assez de logique naturelle pour réunir des faits dans une notion commune, il est traité, sur le continent, comme un composé d'hommes qui n'ont pas assez de sens commun pour former une telle notion, et qui ont besoin d'être menés à la lisière par des questions bien spécifiées, comme si la haute et ample intelligence d'un jurisconsulte était seule capable de combiner ces questions en une notion commune, d'examiner si le crime en question en est suffisamment déterminé, et de prononcer la peine. La postérité comprendra difficilement comment une si grave erreur a pu s'imposer et se maintenir si longtemps chez des peuples éclairés; elle y verra une preuve nouvelle de ce fait que les vérités les plus simples sont repoussées par les autorités officielles, quand elles blessent certains points de vue d'où on s'est habitué à considérer les choses. Dans les derniers temps cependant, en France et en Allemagne, la pratique, comme les études historiques et philosophiques, a fait reconnaître de plus en plus cette grave erreur, et on voit augmenter sans cesse le nombre des criminalistes qui demandent le retour aux justes principes [1].

Dans le jury, il n'y a pas séparation, mais concours de deux fonctions, parce que le crime est seulement envisagé sous deux points de vue distincts, du point de vue subjectif de la *culpabilité*, jugée, d'après les faits et d'après toute la moralité de l'accusé, par la conscience morale du jury, et ensuite, quand le premier point est constaté, du point objectif de la loi, qui cependant doit laisser au juge une assez grande latitude à l'effet de pouvoir appliquer la loi selon le

[1] Dans mon rapport fait (comme député de l'Université) à la première Chambre de Saxe, en 1864, sur un projet de jury, sortant de l'initiative de la seconde Chambre, j'insistais sur la nécessité de revenir au juste principe, et de faire prononcer le jury par *oui* ou *non* sur la culpabilité; mais tout le projet fut repoussé. Plus tard le gouvernement a proposé lui-même un projet, et a déclaré vouloir établir le jury sur ses véritables bases. Ce projet est maintenant adopté, et la Saxe fut par là le premier pays sur le continent qui a établi le jury selon son véritable esprit.

degré de culpabilité et de méchanceté que tout le procès aura révélé chez le criminel. Aussi le juge n'exerce pas non plus une fonction abstraite, mécanique, il juge aussi l'*homme* d'après toute la manière dont le crime a été accompli.

Le jury doit trouver son application dans tous les crimes de quelque gravité. Sur le continent, il n'y a généralement que les cas les plus graves qui soient réservés au jugement du jury. C'est une restriction qu'on ne saurait justifier. Toutefois il y a un ordre inférieur de délits où le grand appareil du jury serait en dehors de toute proportion avec leur importance. Pour maintenir cependant le principe fondamental de la participation d'éléments populaires à toute juridiction criminelle, on a institué en plusieurs pays d'Allemagne (d'abord en Hanovre) des *Cours d'échevins (Schöffengerichte)*, ressemblant plus aux anciennes Cours d'échevins, et composées, d'un côté, d'un juge, et, d'un autre côté, de deux assesseurs laïques élus par le district, et jugeant ensemble à la fois sur la culpabilité et sur la peine. Cette institution a parfaitement réussi [1] et ne manquera pas de trouver une application de plus en plus étendue.

Dans la juridiction criminelle surtout, il y a encore une institution d'origine française, celle du ministère public (procureur ou avocat impérial) près des Cours, laquelle, inconnue en Angleterre et repoussée par des jurisconsultes anglais éminents, comme Brougham, Campbell et d'autres, est aussi réprouvée dans sa forme actuelle par la plupart des jurisconsultes en Allemagne, qui en demandent la réforme, laquelle doit consister en ce qu'on donne une plus grande indépen-

[1] Par la loi nouvelle de Saxe, le jury étant réservé aux crimes et délits comportant au moins quatre ans de reclusion, des Cours d'échevins viennent d'être introduites pour tous les crimes et délits d'une moindre importance; quoique, parmi ces délits, il s'en trouve qui, selon nous, auraient dû être jugés par le jury, c'est au moins un grand progrès sur tous les autres pays allemands, dans lesquels les tribunaux seuls prononcent sur ce second degré de crimes et de délits.

dance à ce ministère vis-à-vis du gouvernement, ou qu'on transfère cette fonction à un juge désigné par la Cour.

La justice pénale est encore divisée en justice pénale *commune* et justice pénale *militaire.* Cette dernière ne devrait être appelée qu'à juger de crimes et de délits ayant un caractère militaire, comme le manque d'obéissance, la désertion, etc., tandis que tous les crimes et délits communs (vol, homicide, etc.) commis par des militaires, devraient être jugés, comme cela a lieu en Angleterre, par les tribunaux de justice commune.

La juridiction militaire du continent est encore imbue de l'esprit du moyen-âge, qui organisait la justice d'après l'état des personnes, et non d'après la nature différente des causes. On a fait avec raison un grand reproche au concordat autrichien d'avoir rétabli à un certain égard une position exceptionnelle pour le clergé catholique, mais la juridiction pénale militaire, dans sa forme actuelle, est un mal social bien plus grave, et a blessé souvent, dans la société civile, le sentiment du droit commun.

La justice civile se divise en *justice civile commune* ou du droit civil commun d'un côté, et *juridictions spéciales* de l'autre, constituées particulièrement par des tribunaux de commerce, pour les causes commerciales d'une si haute importance à notre époque. Cependant, le principe général exige qu'on institue également des *tribunaux d'industrie* (dont les conseils des prud'hommes forment le premier degré) et d'*agriculture.* Comme les causes de justice se rapportent généralement à des intérêts de patrimoine, il ne sera pas nécessaire d'organiser des tribunaux particuliers pour les autres ordres. Mais tout ce qui concerne, dans ces ordres, d'autres questions de droit, d'honneur, etc., devrait être jugé en première instance par les *conseils de discipline*, tels qu'ils existent déjà presque partout pour l'ordre des avocats et qu'ils devraient être constitués pour les autres ordres de culture, et pour leurs principales sous-divisions, pour le clergé, pour les membres

[illegible]

La justice civile [illegible] ordinaire-ment [illegible] pour les [illegible] sur la justice administrative.

Comme la justice civile, dans toutes ses branches, doit reposer, d'après le principe fondamental, sur une participation d'éléments laïques ou populaires, on se demande si cette participation doit être également organisée dans la forme du jury. Cependant pour les juridictions spéciales, tribunaux de commerce, l'expérience a déjà démontré qu'un autre mode d'organisation peut avoir de bons résultats, que ces tribunaux peuvent être composés uniquement de commerçants, comme en France, ou de commerçants sous la présidence d'un juge, comme généralement en Allemagne; et quant à la justice civile commune, quoique le nombre des partisans du jury civil augmente[1], il reste une notable différence entre la justice pénale, ayant à juger des hommes, et la justice civile, ayant à décider formellement sur des faits et des actes d'un caractère déterminé. Le principe trouverait donc, paraît-il, une satisfaction suffisante par l'adjonction d'assesseurs laïques aux juges officiels, et ces assesseurs seraient certes en état de juger sur des affaires journalières de droit commun, sur

[1] En France, M. Le Play, dans sa *Réforme sociale*, t. II, p. 510, se prononce également pour le jury civil.

des prêts, des baux, des ventes, tout aussi bien que des commerçants sont appelés à juger sur des affaires bien plus compliquées, par exemple sur des lettres de change, etc.

La justice est organisée par la *loi*; la *nomination* des juges se fait par le gouvernement; un concours d'autres corps de l'État a été quelquefois organisé, consistant en ce que des assemblées provinciales ou les Chambres (comme autrefois en Hanovre et dans la Hesse électorale) exercent un droit de présentation, ou en ce que des corps politiques et les Cours de justice même présentent des listes de candidats parmi lesquels le gouvernement choisit. Ce dernier mode, usité depuis 1831 en Belgique, pour les juges d'un rang plus élevé, y a été considéré constamment comme une des plus heureuses combinaisons[1].

CHAPITRE IV.

DE L'ADMINISTRATION.

---

§ 124.

I. DE LA POLICE ADMINISTRATIVE.

L'administration préventive, appelée communément la police administrative, a la mission de préserver la société de maux qui peuvent naître soit de causes physiques, soit de l'ignorance, soit de causes sociales compliquées, et qui, pour être

[1] L'article 99 de la constitution belge porte: «Les conseillers des Cours d'appel et les présidents et vice-présidents de première in-

prévenus, présupposent une connaissance spéciale technique de matières auxquelles l'action se rapporte. La police administrative comprend ainsi la police *sanitaire*, concernant les maladies contagieuses, les épidémies d'hommes et d'animaux, la constatation des décès, la surveillance des maisons de morts, etc., la protection de la santé par la police alimentaire, la gestion de tout ce qui concerne les *enfants trouvés*[1], encore si imparfaite par suite de faux systèmes adoptés et du manque d'un traitement alimentaire convenable; la police des *bâtisses*, qui n'a pas seulement à veiller à la solidité, mais aussi, dans les villes, à une certaine régularité; la police concernant le *paupérisme*, qui sera convenablement combinée avec la branche de l'administration proprement dite, chargée de tout ce qui tient à la bienfaisance.

§ 125.

II. DE L'ADMINISTRATION PROPREMENT DITE.

L'administration proprement dite se divise en deux branches principales, administration *politique*, concernant toutes les affaires de la compétence du ministère de l'intérieur (p. *128*) et administration de *culture* touchant les rapports dans lesquels l'État se trouve avec les divers ordres de culture, les confessions, l'instruction publique, la moralité et la bienfaisance, et avec tout l'ordre économique, la production première (l'agriculture, la culture forestière, etc.), l'industrie et le com-

stance de leur ressort sont nommés par le Roi, sur deux listes doubles, présentées, l'une par ces Cours, l'autre par les Conseils provinciaux. Les Conseillers de la Cour de cassation sont nommés par le Roi, sur deux listes doubles, présentées, l'une par le Sénat (première Chambre), l'autre par la Cour de cassation. Dans ces deux cas, les candidats portés sur une liste peuvent être également portés sur l'autre.»

[1] Un excellent ouvrage sur les divers systèmes par rapport aux enfants trouvés a été publié par M. le docteur Hügel, directeur de l'hospice des enfants malades, à Vienne, 1861.

merce. L'exposition des principes de ces deux branches de l'administration sera réunie aux matières dont traitera la troisième division.

§ 126

DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE

L'esprit de pouvoir absolu a dû céder le terrain dans le domaine de la constitution et de la législation, mais il s'est retranché dans l'administration, fort central qu'il cherche à maintenir comme son domaine propre légitime. Cependant, le sort de tout le système constitutionnel, le sort même d'un véritable ordre de droit et de légalité en général dépend essentiellement de l'établissement d'une juridiction indépendante, chargée de décider de tous les conflits de droit qui peuvent s'élever entre les particuliers, personnes individuelles ou collectives, et les autorités administratives, celles de la police de sûreté et administrative, celles de l'administration politique et de culture, quand l'exercice de leur pouvoir est considéré par les particuliers comme n'étant pas conforme aux lois. L'Angleterre, le pays légal par excellence, a pris le parti, au premier aspect, le plus simple et le plus naturel, celui d'attribuer aux Cours de justice civile le jugement sur tous ces conflits, et de faire prononcer par eux des peines contre les fonctionnaires administratifs qui ont violé une loi. En Allemagne, les opinions sont partagées, en ce que les uns préfèrent l'adoption du mode anglais, tandis que d'autres demandent l'établissement de Cours spéciales de *droit public* en général, et que d'autres enfin demandent seulement des Cours spéciales de *droit administratif*.

Pour résoudre ces questions importantes, il y a d'abord à distinguer, sous le rapport matériel, les divers genres de *causes* sur lesquelles des conflits peuvent naître, et ensuite

à examiner, sous le rapport formel, par quelles autorités ces conflits doivent être décidés.

Sous le rapport matériel, il y a à distinguer, 1° des affaires purement administratives, 2° des causes administratives contentieuses ou litigieuses, 3° des causes civiles de droit public formel.

1° Les affaires purement administratives sont celles qu'une autorité administrative exerce, d'une manière incontestable, dans la compétence de son droit. Quand, par exemple, le gouvernement ou le Président d'une province, etc., a le droit de confirmer la nomination d'un bourgmestre, maire, etc., et qu'il en use en demandant la présentation d'un autre candidat, il est dans son droit, et quoique les corps qui présentent des candidats puissent encore adresser une pétition, recourir à une autorité supérieure, ils n'ont aucune action à intenter, parce que, le droit formel étant incontesté, l'affaire n'est pas contentieuse.

2° Mais des litiges ou des conflits peuvent s'élever quand une autorité exécutive demande, prescrit ou défend à des particuliers, personnes individuelles ou collectives, quelque chose que ces personnes considèrent comme une violation ou une application erronée de la constitution ou d'une loi, et réclamant le droit de ne pas obéir. Dans ces cas où le droit formel de l'autorité est contesté, la règle la plus simple dans toute contestation, à savoir que personne ne doit être juge et partie à la fois, aurait déjà dû engager à constituer une autorité indépendante, pour faire décider par elle ces cas de litige. Le besoin d'une telle autorité est aujourd'hui généralement senti, mais pour savoir de quelle manière elle doit être établie, il importe de distinguer, comme nous l'avons fait dans toutes les autres matières, les causes lititieuses qui peuvent survenir dans les rapports de droit public *formel* d'avec les causes qui surgissent dans des rapports de droit public administratif proprement dit.

3° Il y a des causes contentieuses de droit public *formel*

dans lesquelles les Cours ou tribunaux ordinaires sont de leur nature complétement compétents. Car c'est une erreur de réduire la compétence de ces Cours à des procès d'un caractère privé, parce qu'elles sont à même de juger sur tous les cas de droit formel, tel que nous l'avons formulé dans sa différence d'avec le droit administratif. Or, les divers genres de causes contentieuses de droit public formel sont les suivants :

a. D'abord les tribunaux ordinaires sont compétents pour examiner au sujet d'un cas spécial qui leur est présenté, si une ordonnance, un *règlement*, émané d'une autorité administrative, n'implique pas une violation de la constitution ou d'une loi. Si on refuse aux tribunaux ce droit (comme le fait formellement, par exemple, la constitution de Prusse, art. 106), il ne dépend que du bon vouloir de l'administration de respecter les lois.

b. Tous les droits publics ou, comme on dit, politiques des membres de l'État, des individus, des communes, des confessions, etc., sont, de leur nature, placés sous la protection des Cours de justice. Ces Cours ont à décider si l'ordre ou l'*acte* d'une autorité administrative porte, par exemple, atteinte aux droits garantis par la constitution à chacun de choisir librement son domicile, au droit d'élection, au droit de changer de confession, au droit de fonder un journal, au droit d'une commune par rapport à l'exercice de la police locale, etc. La responsabilité des fonctionnaires est presque illusoire, quand une action contre eux ne peut être intentée sans qu'une autorité gouvernementale (par exemple, le Conseil d'État en France, la Cour de compétence en Prusse) en donne la permission.

c. Les tribunaux civils sont également compétents pour décider des demandes en dommages et intérêts portées contre des fonctionnaires à cause de lésions qu'ils ont commises par un injuste exercice de leur pouvoir.

d. Enfin les tribunaux sont compétents pour décider sur

des actions intentées par des fonctionnaires contre le fisc par rapport à ce qui leur est dû par le gouvernement (la plupart du temps par rapport au traitement).

3° Mais, en dehors de ces causes de droit public formel, des conflits peuvent s'élever dans des domaines de l'ordre administratif, surtout dans celui de l'administration de culture, conflits qui, pour être bien jugés, exigent, comme l'administration en général (p. 431), des connaissances spéciales techniques. Ce genre de causes comprend toutes les contestations qui peuvent s'élever, *a*) sur le devoir, le mode et la mesure de contribuer aux dépenses ecclésiastiques et scolaires, *b*) sur le devoir et sur la mesure de contribuer à l'entretien des routes, des chemins vicinaux, *c*) sur des affaires de l'agriculture, de l'irrigation et du drainage, sur l'exercice de la pêche, sur l'usage des eaux, etc., *d*) sur des affaires ressortissant du ministère de l'intérieur, sur l'indigénat, sur le droit de domicile, etc.

C'est par rapport à ce troisième genre de causes contentieuses de droit administratif proprement dit que s'élève principalement la question de savoir par quelle autorité elles doivent être jugées. Le principe qu'il faut établir en première ligne, c'est que ce soit une autorité organisée en juste *indépendance* vis-à-vis du gouvernement, et différente de celle qui se trouve en cause; quant à la deuxième question, de savoir quelle sera cette autorité indépendante, il y a les trois systèmes indiqués plus haut; mais des raisons théoriques et pratiques paraissent se réunir pour donner la préférence au système qui établit une juridiction spéciale de droit administratif, au moins en deux instances, qu'on a déjà commencé à organiser en Allemagne[1]. Une telle juridiction peut être justifiée par des arguments importants. D'abord l'administra-

[1] C'est le grand-duché de Bade qui, par la loi du 5 août 1863, concernant l'organisation administrative du pays, a commencé par établir en dernière instance (la première étant formée par le conseil (élu) du district) une *Cour de droit administratif (Verwaltungsgerichtshof)*.

tion est coordonnée à la justice, et il paraît convenable de lui conserver cette position en instituant une Cour spéciale pour les affaires administratives contentieuses; ensuite le mode anglais paraît moins convenir aux États du continent, parce qu'ici l'administration dans les divers domaines de culture est bien plus développée qu'en Angleterre, où le gouvernement commence seulement à se charger d'affaires qu'il avait abandonnées jusqu'ici au soin de l'action privée[1].

Quand il y a des Cours spéciales pour les causes administratives, des *conflits de compétence* peuvent s'élever sur la question de savoir si la cause est réellement du ressort de ces Cours ou de celui des tribunaux ordinaires. En Allemagne, on avait déjà institué, sous l'empire du système administratif simple, des autorités composées de juges en majeure partie et de fonctionnaires appelés à décider la question de compétence. En France, on avait également songé, par la constitution de 1848 (art. 89), à constituer une autorité semblable, pour tracer au moins quelques limites au Conseil d'État (d'ailleurs organisé, par cette constitution, d'une manière plus indépendante), sans que la tentative ait eu un résultat. Dans le système des Cours spéciales, une commission mixte se formera pour décider des conflits de compétence.

[1] Nous nous abstenons d'émettre sur cette question une opinion absolue. Nous croyons que l'expérience qu'on va faire en Allemagne des Cours spéciales, auxquelles on paraît donner partout la préférence, fournira les meilleurs éléments pour décider la question. L'indépendance et la connaissance des matières nous paraissent être des conditions essentielles pour une telle juridiction. Toutefois ces conditions pourraient aussi être réalisées par l'institution d'une section spéciale pour les causes administratives auprès des Cours de justice, comme il y en a généralement pour les causes criminelles.

TROISIÈME DIVISION.

DES RAPPORTS DE L'ÉTAT AVEC LES ORDRES PRINCIPAUX DE VIE ET DE CULTURE.

PREMIÈRE SECTION.

DES RAPPORTS DE L'ÉTAT AVEC LES ORDRES PRINCIPAUX DE LA PERSONNALITÉ INDIVIDUELLE ET COLLECTIVE.

Les rapports de droit public de l'État avec les personnes individuelles ayant été suffisamment indiqués, il ne reste qu'à exposer les rapports de l'État avec les personnes collectives, la famille, la commune et les grandes circonscriptions intérieures des provinces.

CHAPITRE PREMIER.

DU DROIT PUBLIC DE LA FAMILLE.

---

§ 127.

La famille, la première souche de sociabilité, n'est pas seulement un cercle de droit privé, mais aussi un cercle de droit public, et doit être organisée comme une partie intégrante de l'ordre public. Cette organisation est constituée principalement par le *conseil de famille.* Ce conseil (déjà connu de

l'ancien droit romain dans le conseil des *propinqui et amici*) fut institué en France pendant la révolution; il peut être considéré comme un mélange assez heureux de coutumes germaniques conservées dans le Nord de la France (principalement dans la Normandie, qui composait le conseil de famille des plus proches parents), et du droit écrit (droit romain) du Sud, dont les partisans exigeaient que ce conseil fût mis sous la direction d'une autorité publique (le juge de paix). L'Allemagne, où le droit romain a triomphé plus complétement, est restée privée jusqu'à ce jour de cette bonne institution. Ce n'est que dans les derniers temps, où le mouvement industriel et commercial a mis à découvert les vices du système qui investit les Cours de justice de la tutelle supérieure, que par des recherches théoriques et pratiques on est entré encore plus au cœur de la question, et qu'on fait voir que les liens naturels qui unissent la famille en premier lieu avec la commune doivent servir de base aux justes rapports à établir entre le conseil de famille et la commune. Ce n'est donc pas une Cour de justice, dont les membres n'ont pas une connaissance pratique suffisante des affaires économiques dans lesquelles les pupilles sont souvent intéressés, mais c'est une autorité communale qui, sous le *contrôle* d'un organe supérieur de la juridiction régulatrice (p. 432), doit être chargé de la tutelle supérieure, tandis que la tutelle elle-même est gérée par le tuteur avec l'assistance du conseil de famille, dont la voix sera, par rapport à certaines affaires, consultative, par rapport à d'autres, délibérative.

Jusqu'à présent, le conseil de famille n'a été constitué que pour les besoins de la tutelle; cependant, c'est un point de vue trop exclusif. Sans doute, le conseil de famille doit, avant tout, servir de complément pour la lacune ouverte par la mort de parents, mais, dans la vie ordinaire des familles, il surgit souvent des questions, des contestations, des rixes, des causes de séparation ou de divorce entre les époux, et ces contestations, au lieu d'être portées de suite devant des

tribunaux, seraient convenablement arrangées ou jugées en première instance par un conseil de famille.

CHAPITRE II.

DES RAPPORTS DE L'ÉTAT AVEC LA COMMUNE.

§ 128.

La commune, comme nous l'avons vu (p. 307), est une communauté localisée de familles et d'individus pour la poursuite de tous les buts essentiels de la vie. La commune n'est pas seulement un ordre politique, mais un ordre social.

Il y a deux manières principales de concevoir la vie de la commune dans ses rapports avec l'État. D'après l'une, principalement germanique et maintenue aussi en Allemagne, même sous des régimes assez absolutistes, la commune est considérée comme une individualité naturelle collective, ayant le principe d'une vie propre en elle-même, comme une personne majeure, ayant, avant tout, le droit de gérer elle-même ses affaires, et entretenant seulement avec les cercles supérieurs et avec le pouvoir central des rapports organiques qui doivent trouver une juste expression dans l'organisation communale. Cette conception est tellement naturelle au génie germanique, que même les anciens partisans du libéralisme abstrait (Rotteck et d'autres) se plaçaient, pour défendre l'autonomie des communes, au point de vue historique, en montrant que les communes avaient existé comme de petits États avant l'État national, et que celui-ci n'était qu'une fédération de communes, dont le centre de gravité et d'activité devait rester en elles.

Une autre manière de considérer la commune s'est formée en France, et y a trouvé une funeste exécution. L'œuvre

centralisation commencée et poursuivie par rapport à la vie communale sous le régime absolutiste, fut achevée par la révolution, par suite des idées abstraites sur l'unité de l'État et de son pouvoir. D'après cette conception, la commune n'a son existence que par l'État et n'a de pouvoir que par délégation du pouvoir central; elle n'est pas une individualité vivante. [illegible] que cet être omnipotent. [illegible] l'État [illegible] en départements, cantons et communes[1]. La commune est donc une création de l'État, dans un intérêt qui reste toujours mineur. Le principe par lequel le [illegible] les communes, en vue de certains privilèges par exemple pour la prescription, aux mineurs, fut adopté pour le règlement de toutes les affaires communales, et c'est cette malheureuse conception qui a maintenu les communes en France sous une tutelle administrative et bureaucratique, telle que tous les ressorts d'une activité propre en sont brisés, que la moindre affaire doit passer par une longue filière administrative, pour aboutir, après avoir occupé longtemps et assez stérilement nombre de fonctionnaires, à un mesquin résultat. Cependant la commune est

[1] La première constitution de 1791 avait maintenu une vue plus juste sur la commune, en disant : « Les citoyens français, considérés sous *le rapport* des relations locales qui naissent de leur réunion dans les villes et dans certains arrondissements du territoire des campagnes forment les communes. » La constitution de l'an III dit simplement : « Chaque département est *distribué* en cantons, chaque canton en communes » ; et la constitution de l'an VIII déclare : « La république française est une et indivisible. Son territoire européen est *distribué* en départements et arrondissements communaux. » Barante pouvait donc dire dans son ouvrage : *Des Communes et de l'Aristocratie*, 1821 : « En France, la révolution a anéanti les communes et les a englouties dans la nation. » C'est que le *citoyen* abstrait était l'idéal des nouveaux Romains, comme le *civis romanus* l'avait été pour les anciens.

Pendant l'époque de la restauration, l'attention fut portée sur une réorganisation de la commune par des écrivains distingués, tels que *Berton* (Aperçus historiques sur les communes, etc., 1818), *Duvergier de Hauranne* (Réflexions sur l'organisation municipale), *Henrion de Pansey* (Du pouvoir municipal, 1821), *Barante* (Des Communes et de 'Aristocratie), et d'autres; le gouvernement de juillet n'avait malheureusement pas assez de confiance dans le bon sens du pays pour entreprendre une sérieuse réforme communale.

dans tous les pays l'intermédiaire le plus important entre la vie privée et la vie publique, la principale école du *self-government*; et celui-ci ne s'établira jamais par de simples principes constitutionnels ou par des décrets, mais par des institutions qui en deviennent les organes et les centres vivants[1].

Dans l'organisation des communes, il y a naturellement à distinguer les communes urbaines et les communes rurales, et à tenir compte de cette distinction dans la loi communale (p. 308).

L'organisation elle-même comprend la constitution et l'administration de la commune.

Sous le rapport de la *constitution*, la commune est une personne juridique ou civile, avec les droits qui en découlent, tels que le droit d'ester en justice, de recevoir des legs, etc.; elle possède par élection une représentation communale et un pouvoir municipal (le magistrat, constitué par le bourgmestre ou maire avec les conseillers ou échevins), formant le gouvernement et le pouvoir exécutif de la commune. Quant au mode de nomination du pouvoir municipal, il y a plusieurs systèmes. Le système plus libéral (tel qu'il est généralement pratiqué en Allemagne) fait nommer directement l'autorité municipale (bourgmestre et conseillers) par la représentation communale, en donnant seulement au gouvernement central le droit de confirmation (exercé, en Prusse, dans les villes au-delà de

[1] De Gerando disait très-bien dans une lettre à Benj. Constant (*Cours de politique const.*, p. 63): «On craint ce qu'on appelle l'esprit de localité. Nous avons aussi nos craintes, nous craignons ce qui est vagues indéfini, à force d'être général. Nous ne croyons point, comme les scoliastiques, à la réalité des *universaux* en eux-mêmes. Nous ne pensons pas qu'il y ait dans un État d'autres êtres réels que les intérêts locaux réunis... Les liens particuliers fortifient le lien général, au lieu de l'affaiblir. Dans la gradation des sentiments et des idées, on tient d'abord à sa famille, puis à sa cité, puis à sa province, puis à l'État. Brisez les intermédiaires, vous n'aurez pas raccourci la chaîne, vous l'aurez détruite. Multipliez les faisceaux qui unissent les hommes. Personnifiez la patrie sur tous les points, dans vos institutions locales, comme dans autant de miroirs fidèles.»

10,000 habitants, par le roi, partout ailleurs par les présidents de province); un système moins libéral (comme en Belgique) fait nommer par le roi toute l'autorité municipale dans le sein de la représentation, ou arbitrairement, même en dehors du conseil, comme dans quelques autres pays.

Dans l'*administration* des affaires communales, pour laquelle il y a encore à faire la différence entre les communes urbaines et rurales, il faut sans doute tenir compte de toute la culture d'un peuple; mais comme le gouvernement de ce même peuple est également soumis à ces conditions de culture, il fera toujours bien de ne pas s'arroger une tutelle qui n'est pas applicable aux rapports d'un pouvoir central à une commune. La surveillance d'une autorité supérieure ne pourra d'ailleurs être mieux exercée, dans la plupart des affaires, que par les autorités départementales ou provinciales qu'il importe d'organiser d'après le système représentatif (§ 129), et c'est le principe de l'autonomie d'après lequel la sphère de l'administration communale doit être principalement déterminée, de manière qu'elle ait un plein pouvoir pour toutes les affaires locales qui ne sont pas d'une importance majeure et n'aggravent pas trop les charges des générations futures, etc. La juste mesure ne peut pas être indiquée par un principe abstrait; elle doit être établie par un tact pratique guidé par l'esprit du *self-government*[1].

CHAPITRE III.

---

§ 129.

DES PROVINCES.

Selon la grandeur d'un État, il y a entre la commune et le pouvoir central diverses instances intermédiaires, des can-

[1] Sur l'état de tutelle dans lequel la commune est tenue en France,

tons, des districts (ou cercles), des départements, des provinces. Parmi ces instances, c'est naturellement la circonscription la plus élevée, par conséquent, dans un grand État, généralement la province, qui forme le centre intermédiaire le plus important et doit être assise sur les plus larges bases du *self-government*, parce qu'elle n'en est pas seulement le point culminant, mais qu'elle est aussi une des plus fortes garanties du maintien et du bon exercice du système de *self-government* pour toutes les instances inférieures.

Tous les principaux degrés intermédiaires, et en dernier lieu les provinces, doivent être organisés d'après le système représentatif, qui, par ses principes généraux doit pénétrer tous les degrés de l'organisation politique. Sur le Continent, la Belgique a donné le premier exemple d'une bonne organisation des provinces (loi de 1836); l'Italie et l'Autriche (où les assemblées provinciales ont, jusqu'à présent, nommé les députés de la seconde Chambre de l'empire) et quelques petits États allemands (Bade, Saxe-Weimar pour les cercles, *Bezirke* et *Kreise*) ont établi une organisation analogue, tandis que, dans le reste de l'Allemagne (et surtout en Prusse), toute la partie moyenne de l'édifice représentatif n'existe pas ou a conservé un caractère féodal. Cependant on comprendra facilement que, dans un grand État, comptant plusieurs degrés intermédiaires, tout le système représentatif flotte en quelque sorte en l'air, quand il n'a pas d'appui homogène dans de grands corps constitués du pays. Or, ce sont particulièrement les provinces qui forment l'appui le plus proche et le plus puissant, et qui doivent aussi être organisées en vue de la composition de la première Chambre, dont les membres, au moins en majorité, ne peuvent être élus plus convenablement que par les Conseils provinciaux (p. 425).

La province se distingue d'un département comme d'une pure circonscription territoriale arbitraire, surtout au point

voir le vif tableau qui en est tracé par M. J. Simon, dans l'ouvrage *La liberté politique*, 3e édit., 1867, p. 289.

de vue *historique*, par la communauté d'affections, par les traditions, les souvenirs des familles, des communes, même par les idiômes par lesquels les diverses parties se trouvent unies, et l'État moderne, même quand il s'organise sur de nouvelles bases, fera preuve de bon esprit politique, en respectant ces fondements historiques et en n'entrant pas dans l'ornière de la révolution française, qui, en brisant les provinces, a rivé par là fortement les chaînes que le pouvoir central a pu, à diverses époques, très-facilement imposer à un peuple dont les droits ne pouvaient pas être défendus par de grands corps politiques[1]. D'ailleurs, jamais un système de véritable *self-government* ne peut fonctionner dans un pays dans lequel les organes essentiels supérieurs sont détruits ou réduits à l'impuissance.

Le point de vue qui doit prédominer dans l'organisation des instances intermédiaires dont il ne faut pas multiplier inutilement le nombre, c'est de veiller à ce que, dans toutes les instances importantes, les autorités officielles, nommées par le pouvoir central, soient toujours contrôlées par une assemblée ou un conseil plus ou moins grand de représentants élus par une circonscription territoriale. Car ce sont précisément les autorités dont l'administration ne se trouve pas en présence d'un conseil de ce genre, qui oublient le plus facilement que l'administration n'est pas un droit et un but en elle-même, mais qu'elle doit se faire dans les limites du droit pour le bien des administrés.

Les principes d'organisation doivent être conformes à toute la conception organique de l'État, par suite de laquelle il faut combiner un élément gouvernemental avec des éléments populaires, respecter la position et le droit du gouvernement, lui donner une influence légitime dans tous les principaux

[1] Il paraît que, même en France, on commence à reconnaître la grande faute commise par la révolution et à sentir le besoin d'une reconstruction des provinces. M. Le Play, tout en pensant que cette réforme sera encore assez éloignée, en propose les bases essentielles. (Voir *La réforme sociale en France,* 1866, t. II, p. 491.)

degrés intermédiaires de l'administration politique, et assurer, d'un autre côté, aux éléments populaires un concours et un contrôle efficace. Il faut donc repousser également dans ce domaine l'absolutisme monarchique et l'absolutisme démocratique, et on ne doit pas non plus constituer ces administrations sur des bases *aristocratiques*. C'est cependant sur l'aristocratie (noblesse et *gentry*) qu'a reposé longtemps presque entièrement le *self-government* en Angleterre, où cette administration aristocratique, tout en pratiquant largement ses devoirs envers le pays, a néanmoins produit aussi des abus, comme tout système politique exclusif, et a été particulièrement la cause que le peuple, qui n'était guère appelé que pour les fonctions du jury, n'a pu faire son éducation dans l'administration, et que les classes bourgeoises montrent aujourd'hui, après que le système aristocratique vient d'être fortement ébréché par de nouvelles institutions administratives (pour la santé, l'entretien des pauvres, la police de sûreté, etc.), si peu de goût pour l'exercice de telles fonctions administratives.

Les vrais principes d'organisation, applicables avec quelques modifications à toutes les instances, peuvent être résumés pour l'organisation provinciale dans les points suivants.

Un *Conseil* provincial est élu par les habitants de la province (dans les meilleures conditions d'après le système que nous avons établi pour la représentation générale, § 442); ce Conseil choisit dans son sein, pour la période électorale, une *députation* permanente qui, avec le chef de la province, nommé par le gouvernement, forme l'autorité administrative de la province; le chef comme représentation du gouvernement (gouverneur, Président de la province, etc.) préside la députation avec voix délibérative, il est seul chargé de l'*exécution* des délibérations prises par le Conseil ou par la députation, et c'est à lui d'avoir recours au gouvernement, lorsque le Conseil ou la députation a pris une résolution sortant de ses attributions. La loi doit déterminer à quelles conditions le gouvernement peut définitivement annuler une résolution de

la représentation provinciale (en Belgique, l'annulation ne peut se faire pour certains cas qu'avec le concours des Chambres, par une loi).

Par l'étendue des intérêts que la province d'un grand État embrasse dans son administration, elle présente une totalité complète de vie politique et de culture, et en réunit dans leurs sommités les diverses branches, la justice, le culte, l'instruction publique, etc., de sorte qu'il devra y avoir dans chaque province une Cour supérieure de justice, jugeant en dernier ressort (sauf la juridiction suprême d'une Cour de cassation, *maintenant* l'unité formelle), des autorités supérieures pour les diverses confessions, une Université, une Académie des arts, etc. Il est surtout d'une haute importance qu'il y ait dans chaque province un centre d'instruction supérieure complète, une université, et, s'il est possible, encore une académie des *arts* et une école polytechnique, parce qu'une multiplicité de centres d'instruction peut seule répandre la vie intellectuelle d'une manière suffisante, et que la liberté, la variété, même la lutte des doctrines si nécessaire pour le mouvement intellectuel, seront plus ou moins comprimées par une direction uniforme. Sans exclure le gouvernement de la haute surveillance et d'une part essentielle dans la direction (confirmation ou nomination définitive des professeurs sur présentation, etc.), l'administration provinciale doit avoir assez de latitude pour pouvoir entrer en émulation avec d'autres provinces pour le progrès de toutes les branches de l'enseignement des sciences et des arts.

La province, étant le degré le plus élevé des administrations locales, sera naturellement chargée du contrôle sur la gestion des affaires par des administrations inférieures. Ce ne sont que les affaires d'une importance majeure qui doivent être soumises à la décision du pouvoir central.

DEUXIÈME SECTION.

DES RAPPORTS DE L'ÉTAT AVEC LES ORDRES PRINCIPAUX DE CULTURE.

CHAPITRE PREMIER.

DES RAPPORTS DE L'ÉTAT AVEC LA RELIGION ET LES CULTES.

---

§ 130.

DE LA RELIGION ET DES CULTES EN GÉNÉRAL.

La religion, le sentiment à la fois de dépendance et d'élévation dans l'union intime de l'homme avec Dieu (t. I, p. 123), est une force vive innée à l'esprit, tendant sans cesse à se manifester, et constituant l'élément principal dans toutes les formes et dans tous les degrés de la culture humaine. L'histoire de tous les grands peuples arrivés à un certain degré de civilisation atteste que toute culture a pris son origine dans un culte. La religion, tout en ayant une raison absolue, a subi, comme tout ce qui tient à l'homme, un développement successif; du premier monothéisme vague, elle s'est transformée en polythéisme, pour recevoir enfin par le christianisme son caractère d'unité absolue et universelle; mais

les formes polythéistes même dénotent au moins la tendance et l'effort de l'esprit de donner à l'idée de Dieu, qu'il porte en lui, une réalité objective, qui est conçue à la fin, après divers degrés de développement, comme la réalité de l'Être absolu, raison dernière de tout ce qui existe. Car l'esprit humain, tel qu'il se révèle dans tous les peuples, est pénétré du sentiment de l'existence de Dieu comme d'une puissance réelle, supérieure à toute autre force. Et, comme l'intelligence humaine n'a jamais d'autre raison d'admettre une réalité, que parce qu'elle peut en constater certains effets, et que, d'un autre côté, l'esprit doit conclure de la puissance des effets à la puissance de la cause, il s'ensuit, puisqu'on ne peut montrer dans toute l'histoire du genre humain aucune force qui ait exercé une influence plus vaste, plus intense, plus décisive que celle de la religion, que de tels effets ne peuvent se produire sans une cause correspondante. L'homme, il est vrai, peut donner aux idées les plus justes, comme aux forces de la nature les plus salutaires, une fausse direction, surtout quand l'esprit d'égoïsme, de domination, de caste s'en empare, et la religion chrétienne elle-même n'a pas échappé à ce sort; à plusieurs époques, l'esprit qui seul vivifie a été étouffé par la forme et même par un certain matérialisme, et c'est alors, quand la religion ne parle plus qu'aux sens, qu'elle ne sert qu'à maintenir l'ignorance et à couvrir des passions de domination, qu'elle se suscite à elle-même deux adversaires, le matérialisme et le sensualisme, qui, aux yeux du public, ont alors le grand avantage de penser tout haut ce que certaines classes pratiquent hypocritement. Cependant, jamais le matérialisme et le sensualisme, qui actuellement font encore une fois l'étalage de leur ignorance, ne seront capables de détruire le véritable esprit religieux. Ce n'est pas un matérialisme, si chancelant sur sa propre base, la matière, sur la conception de laquelle les sciences physiques et chimiques sont bien moins d'accord (théorie atomique ou moléculaire, théorie dynamique, théorie des

centres unitaires de force) que la psychologie ne l'est sur la nature de l'âme, capable d'être étudiée à la lumière de la conscience; ce n'est pas un sensualisme qu'on peut renvoyer à l'étude préliminaire des sens, et surtout du sens de la vue, pour apprendre quelle grande part l'âme doit y prendre (par l'attention, l'imagination, les idées originaires de causalité, etc.; v. p. 19, note), afin d'arriver à apercevoir les objets sensibles dans leur existence propre, leur distance, etc.; ce ne sont pas de pareilles théories, dépourvues de tout point d'appui réel, qui sont capables de renverser la religion, dont les fondements sont identiques avec la nature humaine et avec les bases de tout ordre social. Si les adversaires de la religion, qui aiment à s'appeler naturalistes, voulaient seulement reconnaître, dans cette question, le principe qu'ils adoptent dans l'étude de la nature en général, le principe si visible de l'unité et de l'harmonie, de l'accord entre tous les domaines du monde, de l'accord entre la cause et l'effet, et surtout de l'accord entre les tendances, les propensions d'un être et sa nature et sa fin, ils devraient admettre que les tendances de la nature humaine sont aussi vraies, répondent aussi bien à une réalité que les instincts des animaux se portent sur des objets réels, que par conséquent la tendance religieuse universelle permanente doit correspondre à une réalité absolue, que l'âme humaine est religieuse, tendant à un Être suprême, comme la fleur tend et s'épanouit à la lumière du soleil, comme toutes les choses dans la nature sont attirées vers un centre supérieur de gravitation. Il y a seulement cette différence que l'âme humaine, étant intelligente et libre, peut se tromper, faire une fausse application de l'idée de Dieu qu'elle porte en elle, voir Dieu dans ses effets plutôt que dans sa causalité absolue; mais, par le travail incessant de la raison, de la philosophie, l'esprit parvient à la fin à ramener toute existence finie et contingente à la raison suprême, à Dieu, comme étant l'Être infini et absolu, n'existant pas seulement en lui-même, mais aussi pour lui-

même, dans sa conscience propre absolue. Le matérialisme et le sensualisme n'ont eu quelque puissance que dans les époques où certains cultes religieux, n'étant plus pénétrés de l'esprit qui vivifie, sont devenus formalistes, matérialistes, ou se sont mis en opposition avec les lois de l'ordre physique et moral, avec les lois de toute la culture sociale, et ont eu recours pour se maintenir à la force et à la contrainte, au lieu de s'adresser à l'intelligence et à la liberté. Quand une Église, au lieu de bénir les progrès accomplis par la meilleure intelligence des lois du monde physique et moral, ne sait que maudire et condamner, quand elle se refuse à reconnaître les réformes sociales qui assurent un libre développement à toutes les facultés dont Dieu a doué l'âme humaine, il se forme naturellement une opposition dirigée moins contre la religion que contre l'organisation ecclésiastique qu'elle a reçue, et dont les vices se sont révélés dans son désaccord avec toutes les conditions d'existence et de développement de la société moderne. Une telle opposition a généralement pour résultat indirect de purifier un culte, en l'obligeant à se retremper dans son esprit et à appeler même à son secours la philosophie; car cette science, si souvent dédaignée et persécutée, a toujours contribué, malgré les tendances exclusives auxquelles elle s'est elle-même souvent abandonnée, à mieux faire concevoir l'idée de Dieu et les rapports de Dieu avec le monde physique et moral. L'âme humaine est religieuse de sa nature, et elle a tellement horreur du vide que causerait l'absence de toute idée de Dieu, qu'elle préfèrera toujours, si elle n'a pas d'autre choix, un fonds de croyances positives, quelque retrécies et quelque erronnées qu'elles soient, au nihilisme matérialiste et au scepticisme. Tous les esprits qui désirent la propagation d'idées religieuses plus élevées, plus pures, qui demandent la réforme d'un culte, d'une Église, doivent donc être bien convaincus que les doctrines matérialistes ou sceptiques, ne mettant rien à la place de ce qu'elles attaquent et ébranlent momentanément, font rebrousser chemin à la grande masse

du peuple, par la répulsion qu'elles inspireront après quelque temps, et qu'elles deviendront toujours un des plus forts appuis pour toute réaction absolutiste, religieuse et politique.

La religion, envisagée du point de vue historique et pratique, a toujours été le lien le plus puissant entre les hommes, et ce lien a été transformé, élargi, rendu plus spirituel, plus moral, à mesure que la religion, le lien entre l'homme et Dieu, a été éclairée, élevée avec l'idée de Dieu; la religion a pris le genre humain à son berceau, elle a été la lisière à laquelle il a appris à marcher dans la route de la culture; foyer qui concentre toutes les forces de l'âme, elle s'est assise au foyer domestique, pour y réunir les âmes entre elles, et les âmes des vivants aux âmes des morts, elle a uni les familles dans la gent, les gents dans la tribu, les tribus dans le peuple, elle a enfin réuni, par le christianisme, tous les peuples dans l'unité de l'humanité, et c'est le christianisme qui, en répandant ses trésors pratiques à l'avenir encore plus qu'il ne l'a fait dans le passé, fortifiera aussi tous les liens moraux entre les hommes[1].

La religion a son fondement particulier dans la *foi*, dans cette conviction intime d'un rapport immédiat personnel entre l'âme et Dieu. C'est la foi qui individualise et applique aux rapports réels de l'homme et de l'humanité avec la Providence divine ce que la science rationnelle, la philosophie, a conçu dans les principes généraux. La foi a un domaine spécial, sans être contraire à la raison; celle-ci, concevant toujours les principes plus ou moins généraux, est à même d'acquérir une certitude de l'existence de Dieu comme Être absolu et comme Providence du monde, de l'immortalité de l'âme, etc., mais elle est incapable de pénétrer les rapports

[1] M. Fustel de Coulanges, dans son ouvrage: *La cité antique*, etc., 1864, a bien fait connaître ces rapports intimes de la religion avec toutes les institutions sociales et a éclairé par là beaucoup de questions importantes de droit.

[illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] en s'inspirant [illegible] [illegible] sur les grands [illegible] par les simples forces humaines, [illegible] par l'action de la Providence divine. [illegible] entre les principes généraux et les faits particuliers, et saisit immédiatement, dans les cas concrets, ce que la raison n'a compris que dans sa généralité et sa possibilité. La foi, dans ses rapports de l'homme avec Dieu, est aussi nécessaire que dans les rapports des hommes entre eux-mêmes. De même que l'homme, incapable de pénétrer par son intelligence, par sa vue, immédiatement tous les rapports, doit, dans beaucoup de cas, avoir foi dans un autre, en s'appuyant sur tous les faits, sur tout le mode d'agir qu'il lui connaît, de même l'homme a foi en Dieu, sur le fondement de sa conviction générale, que Dieu a manifesté son action et la manifestera partout où elle sera nécessaire pour la destinée générale de l'humanité ou pour la fin de tout homme en particulier. Dans tous les cas, la foi ne peut pas être contraire à la raison, pas plus que l'individuel et l'individualisation ne peuvent être contraires aux principes généraux. L'union intime et toujours mieux comprise de la foi avec la raison sera une condition fondamentale de tout progrès de l'humanité. De même que la Divinité n'a fait avancer les sciences en vertu des principes les plus féconds que par des esprits supérieurs, qui unissaient à la puissance intellectuelle un profond sentiment religieux, par les Pythagore, les Platon, les Aristote, les Copernic, les Descartes, les Leibniz, les Newton, les Képler, etc., de même l'humanité réalisera, avec l'aide de Dieu, ses plus grands progrès à l'avenir par l'union intime de la religion avec toutes les puissances de la culture humaine (t. I, p. 276).

La foi se formule dans certains *dogmes* qui précisent la manière de voir et de sentir des fidèles et qui suivent les

changements que la foi subit dans ses rapports avec la raison. La foi, en s'unissant plus intimement avec la raison, portera aussi les diverses confessions à donner aux grands principes religieux par lesquels elles sont *unies* une plus haute valeur qu'aux formules par lesquelles elles sont *séparées*.

La foi religieuse tend toujours à s'exprimer par un *culte*, parce que la communauté de l'idée ou de la foi religieuse devient aussi une force de cohésion pour les esprits, qui les pousse invinciblement à s'unir, pour s'élever, s'édifier et prier en commun. La liberté de religion implique donc en même temps la liberté de culte. Refuser cette dernière, sous prétexte que la religion peut exister dans la seule conscience, serait une violence exercée envers l'esprit, semblable à celle par laquelle on refuserait à la pensée la liberté de s'exprimer par le langage, sous prétexte qu'elle a toute latitude de se mouvoir dans le for intérieur.

La foi et le culte se constituent socialement par une confession publique, appelée *Église*, pour les diverses confessions chrétiennes. C'est le rapport de l'État avec les confessions que nous avons encore à examiner.

§ 131.

DES RAPPORTS DE L'ÉTAT AVEC LES CONFESSIONS RELIGIEUSES.

I. *Aperçu historique.* Depuis le christianisme qui, en détachant la religion des liens étroits avec l'État politique et la nation, créa un organisme distinct dans l'Église, il s'est formé jusqu'à présent, sur les rapports de l'Église avec l'État, trois systèmes principaux, dont les deux premiers n'ont pu recevoir, à cause de leurs tendances exclusives, une application complète, et dont le dernier présente quelques défauts qui ne peuvent être corrigés que par un système plus juste.

Ces trois systèmes peuvent être caractérisés en termes généraux, le premier comme celui de la prédominance de

l'Église sur l'État, suivi, dans le moyen-âge, par la *hiérarchie catholique* (t. I, p. 267), le second celui de la prédominance de l'État sur l'Église, système qui s'est présenté sous plusieurs formes, dans la forme s'approchant plus de l'union ou de l'identification sous une certaine suprématie de l'État, comme dans l'*Église grecque* et dans la haute *Église anglicane*, ensuite, au sein du protestantisme, dans le système *épiscopal*, investissant l'autorité politique de tout le régime de l'Église, dans le système *territorial*, tendant à restreindre le pouvoir politique au maintien de la paix extérieure sur le territoire d'un État, en lui ôtant le *jus in sacra*, pour lui laisser seulement le *jus circa sacra*, et enfin dans le système dit *collégial*, présentant l'Église comme une corporation *(collegium, societas)*, indépendante, par son origine et son but, du pouvoir politique, et ayant le droit de s'organiser et de s'administrer librement dans son intérieur, sous la surveillance et la protection extérieure de l'État. Ce système, né en Allemagne (Wurtemberg, vers 1742), d'un nouveau mouvement religieux, forme, dans le domaine d'une religion positive, la transition vers le système de la *liberté*.

Ce troisième système est essentiellement un produit de l'esprit philosophique, tel qu'il s'est manifesté d'abord en France par une tendance d'indifférence et de négation plutôt que d'affirmation positive. Mais c'est Jefferson (envoyé du congrès américain à Paris, en 1784) qui, adoptant ces principes dans un sens plus élevé, fit voter d'abord à la législature de Virginie, en 1785, la loi de tolérance, dont le principe fondamental fut formulé plus tard dans le troisième article additionnel de la constitution américaine, portant que «le congrès ne doit jamais voter une loi par laquelle une religion soit déclarée dominante, ou par laquelle le libre exercice d'une autre religion soit interdit». Ce système de liberté, adopté aussi en France[1] par la constitution de

[1] M. Pressensé (protestant) affirme, dans son ouvrage: *L'Église et la révolution française*, que la liberté absolue de culte avait eu d'heu-

l'an III, pendant un court espace de temps, s'est revêtu jusqu'à présent de deux formes, de la forme américaine (des États-Unis) et de la forme belge. La première établit une séparation complète de l'État d'avec toutes les confessions, en ce que chaque confession est traitée par l'Union et par chaque État particulier comme une association privée, libre de constituer ses rapports intérieurs comme elle l'entend, ne recevant aucun subside d'un État, restant soumise aux lois générales, et jouissant de la protection qu'elles accordent à toutes les sociétés. En Belgique, il y a également liberté religieuse complète pour toutes les confessions, pour celles qui existent comme pour celles qui peuvent se former, mais les principes d'indépendance n'ont pas reçu une application égale du côté de l'État et de l'Église, parce que les confessions (c'est-à-dire l'Église catholique, les autres cultes n'ayant qu'un très-petit nombre d'adhérents) ne jouissent pas seulement d'une complète liberté, mais sont encore subventionnées par l'État, qui de son côté, tout en assurant de plus à l'Église catholique une importante intervention dans l'enseignement, ne peut exercer, en équivalent du traitement qu'il alloue au clergé, le moindre droit sur la nomination des membres du clergé, etc. Ce système est un produit de toute la situation morale du pays et de l'espèce de pacte intervenu entre les deux partis lors de la constitution du nouvel État; cependant, étant tout de circonstance, il ne peut pas être proposé comme un système modèle.

II. En abordant la *théorie des rapports* de l'État avec les confessions religieuses, nous avons à établir les principes généraux, qui peuvent pourtant recevoir quelquefois des modifications, eu égard à la culture d'un peuple et aux positions que telles ou telles confessions ont acquises par leur développement historique.

reuses conséquences, que dans 40,000 communes le culte s'était spontanément rétabli, et que l'esprit religieux et moral s'était amélioré jusqu'à ce que le concordat soumit de nouveau l'Église à l'État.

1° D'après les principes précédemment établis (§ 107), les rapports entre l'État et les confessions religieuses sont ceux de la *liberté* et de l'*indépendance*. L'État, en accomplissant les devoirs qui lui sont tracés par le but de la justice envers toutes les confessions, est indépendant des dogmes, du culte, de la constitution et de l'administration d'une Église particulière. L'État n'est pas athée, ni en lui-même, ni dans ses lois; par son but, le principe divin de la justice, il est un ordre divin de la vie, et il favorise aussi, par tous les moyens que le droit permet d'employer, la religion comme tous les buts divins de la culture humaine. Son fondement est donc également l'idée de Dieu; mais il n'a pas de confession, il ne professe aucun culte particulier; par la justice égale qu'il exerce envers tous les cultes, il contribue, de son côté, à apprendre à toutes les confessions particulières à vivre en paix, à se respecter également dans la communauté politique, et à se rappeler peut-être plus facilement qu'il y a aussi des fondements religieux communs sur lesquels elles reposent. L'État, en se plaçant au-dessus des cultes particuliers, en leur ôtant tout moyen de contrainte extérieure, en les obligeant à employer, pour se maintenir, pour se défendre et se propager, les moyens spirituels, agit mieux dans l'intention de la Providence que ces cultes qui voient leur appui principal dans des forces de contrainte et n'excitent que les passions haineuses de leurs adhérents. En maintenant sa neutralité vis-à-vis des cultes particuliers, il n'est pas indifférent envers la religion ellemême, mais il pratique ce grand principe, repoussé encore aujourd'hui par le particularisme confessionnel, à savoir que les divers cultes ne sont que diverses formes de l'idée générale et fondamentale de la religion, et que celle-ci en est distincte, comme l'esprit divin supérieur qui ne se laisse pas saisir complétement dans une forme déterminée.

2° L'État et l'ordre ecclésiastique dans ses diverses confessions sont des ordres sociaux *coordonnés*, aucun ne de-

vant être placé au-dessus ou au-dessous de l'autre. Par suite de la différence de leur but, ils sont distincts et indépendants l'un de l'autre. La formule : *l'Église libre dans l'État libre* n'est pas tout-à-fait exacte: car l'Église, sous les rapports essentiels du dogme, du culte, de tout ce qui est constitué par son autonomie, n'est pas plus dans l'État que l'État n'est dans l'Église; les deux ordres sont coordonnés dans l'ordre général de la société (§ 108), mais liés entre eux par des rapports d'action et d'influence réciproque. La philosophie et l'Église du moyen-âge, en partant d'une fausse opposition entre l'éternel et le temporel, entre le spirituel et le mondain, présentaient l'État comme une institution temporelle, mondaine, ayant seulement une origine divine médiate, tandis que l'Église était ramenée à une origine divine immédiate. Déjà l'assemblée des princes électeurs à Rense, en 1338 (v. t. I, p. 267), avait répondu à cette prétention, en déclarant que le pouvoir politique (royal) était d'institution divine aussi directe que le pouvoir ecclésiastique. En effet, l'État et l'Église sont, par leurs buts, des ordres également divins, et, par leur manifestation dans la vie finie des hommes, des ordres également temporels, et soumis aux modifications qu'amène le développement de toute la culture des peuples; malheureusement l'Église a même souvent plus songé aux choses mondaines et temporelles qu'au but éternel de la religion; d'un autre côté, et malgré son opposition au progrès social, elle a été obligée de se mettre, jusqu'à un certain point, au niveau avec les formes politiques imposées par la culture des peuples. Une Église peut se maintenir, dans des époques d'absolutisme politique, dans un absolutisme correspondant, mais elle sera obligée, sous peine de compromettre son existence, de se revêtir de formes représentatives, quand le système représentatif s'établit et se consolide dans l'ordre politique.

3° L'État se constitue dans son indépendance, en rendant l'exercice de toute fonction politique et de tous les droits indépendant de la confession religieuse.

4° De l'autre côté, l'État reconnaît en général la liberté de religion et de culte; cette liberté peut aussi prendre la forme négative d'abstention de toute religion et de tout culte, et l'État s'interdit aussi à cet égard toute contrainte, qui d'ailleurs manquerait son but et contribuerait à répandre l'hostilité envers la religion. L'État ne peut donc pas punir l'athéisme, mais il possède par l'instruction qu'il dirige les moyens de le prévenir et de le combattre.

5° L'État, en respectant le principe de liberté pour toute confession dans tout ce qui concerne son dogme, son culte, sa constitution et son administration pour tous les rapports spirituels, veille en même temps à ce qu'une confession respecte elle-même cette liberté, qu'elle ne fasse pas emploi d'une contrainte que l'État seul peut exercer pour des objets purement extérieurs. L'État, en ne prêtant jamais ses moyens de contrainte pour l'exécution d'actes qu'une confession doit attendre de la liberté morale de ses adhérents, inaugurera pour les confessions une nouvelle et grande époque de liberté, dans laquelle elles entreront peut-être au commencement de mauvais gré, mais qui constituera un des plus grands bienfaits, en les obligeant de se retremper dans le véritable esprit religieux, de fonder leur empire par des moyens qui s'adressent aux intelligences et aux cœurs, et de pratiquer, dans le sens le plus élevé, l'*aide-toi*, pour que le ciel puisse les aider des influences qui pénètrent dans les âmes. C'est par cette raison qu'on pourra prédire aux confessions chrétiennes une nouvelle ère plus bienfaisante pour la moralité et pour toute la culture des peuples que l'ère de contrainte, qui a amené tant de maux.

6° En respectant la liberté de la religion et de la confession, l'État ne peut pas permettre que la religion serve de prétexte à une confession, pour prétendre régler, à elle seule, selon ses vues religieuses, des institutions qui, tout en présentant un côté religieux, sont en elle-même des institutions humaines, morales, que l'État doit maintenir dans leur carac-

tère social. Telle est l'institution du mariage. L'État laisse à chaque confession le soin de l'envisager selon ses vues, et d'attendre de ses fidèles qu'ils y conforment librement leur conduite, mais il règle le mariage de telle manière (par le mariage civil) qu'aucune contrainte religieuse ne puisse être exercée. De plus l'État, étant aussi un ordre de conservation des mœurs et de la culture morale d'un peuple, maintient le mariage dans le caractère consacré par les mœurs, et ne permet pas à un culte d'introduire, par exemple, la polygamie (comme les Mormons l'ont fait aux États-Unis), pas plus qu'il ne permet de voler ou de faire, dans un serment, des réserves mentales. D'un autre côté, quand une confession, par un véritable esprit religieux, défend à des adhérents quelque chose que l'État exige de ses membres, par exemple aujourd'hui le service militaire sans faculté de rachat, l'équité (v. t. I, p. 177) fait à l'État une obligation de tenir compte de tels cas où le refus n'est pas un prétexte, mais est commandé par la confession même que l'État a reconnue.

7° L'État, sans intervenir dans le domaine intérieur du dogme et du culte, a le droit de *contrôle* sur toutes les manifestations *extérieures* d'un culte; il doit veiller à ce que la conscience publique ne soit pas blessée par certains actes, qu'il n'y ait pas de pélerinages en masses nuisibles à la moralité, et que les cérémonies du culte se renferment en général dans l'intérieur des églises. De même l'État a le droit d'exercer un contrôle sur toutes les institutions auxiliaires d'une Église, par exemple sur les couvents, et il doit veiller à ce qu'aucune personne n'y soit conduite et maintenue par contrainte.

8° L'État doit veiller à ce que les justes rapports soient maintenus entre les Églises et tous les autres ordres de culture, à ce que le droit d'une Église d'acquérir une propriété ne soit pas exercé contrairement aux conditions d'une bonne culture économique, à ce que des restrictions soient imposées à la main-morte, et en général à ce que les membres d'une Église

observent, dans leurs actes extérieurs, les lois civiles et pénales, et restent soumis pour ces actes à la juridiction commune.

9° Quant au traitement du clergé des diverses confessions, les principes précédemment exposés (§ 107) exigent que l'État dans ses divers ordres et degrés, la famille, les communes, les provinces et le pouvoir central, se charge de l'obligation de subvenir au traitement des cultes. Car à un point de vue supérieur, il ne paraît pas juste de traiter ces rapports d'après les lois purement économiques de l'offre et de la demande, de mettre les fonctionnaires d'un culte dans la dépendance immédiate de leurs adhérents, et de provoquer souvent chez ceux-ci un conflit entre les besoins moraux et les intérêts. Une telle obligation de l'État est encore justifiée par la position que les cultes chrétiens ont acquis dans l'histoire. Toutefois il y a des états de société et de culture qui peuvent commander à un État, au point de vue d'une *juste politique*, même pour longtemps, d'abandonner entièrement le traitement des ministres d'un culte à ses adhérents. Quand, d'un côté, de nouveaux États se forment, que des colonies jettent des bases nouvelles de tout l'édifice social, qu'il n'y a pas de positions traditionnelles à respecter, que le courant de la vie religieuse se divise dans les directions les plus diverses, il est d'une bonne politique, telle que les États-Unis de l'Amérique l'ont mise en application, de ne pas se charger du traitement des cultes. La même politique peut être commandée pour des États qui, jusqu'à présent, ont chargé leur budget de ce traitement, quand une Église se met en opposition avec toute la constitution d'un État, qu'elle s'obstine à ne pas reconnaître l'esprit de liberté moderne, dont tout l'ordre social doit se pénétrer, qu'elle se prévaut de sa constitution hiérarchique, pour n'opérer aucune réforme commandée par un esprit religieux mieux en harmonie avec les bonnes tendances de la culture sociale: alors l'État, qui ne peut pas imposer telle ou telle constitution à une Église.

coupera court à tous ces conflits, en l'obligeant à chercher sa puissance et ses moyens de subsistance dans l'esprit religieux de ses adhérents. D'un autre côté, quand l'État subvient au traitement des cultes, il n'a pas seulement le droit d'examiner pour son budget les besoins réels d'un culte et d'exercer un droit de confirmation pour les fonctionnaires de ce culte, mais aussi celui de veiller à ce que l'instruction du clergé ne soit pas détachée de toute la culture moderne, pour que le clergé, étant en contact immédiat avec tous les courants de la vie sociale, soit initié aux travaux scientifiques de philologie, d'histoire, comme au mouvement de la philosophie et aux problèmes principaux qui y sont agités.

Une Église d'une certaine étendue est un organisme éthique analogue à celui de l'État. Les trois conceptions fondamentales que nous avons constatées pour l'État dans les rapports avec ses membres trouvent également une application pratique dans l'organisation intérieure d'une Église (v. p. 368). Mais la loi qui pousse tous les organismes éthiques parvenus à un degré supérieur de culture, au système représentatif unissant l'action des autorités et des organes centraux avec un concours de tous les membres d'un ordre social, fera aussi triompher ce système au sein de toutes les confessions. Ce mouvement a commencé dans les confessions protestantes (par l'établissement de synodes composés en partie de membres du clergé, en partie de laïques), et finira tôt ou tard par s'emparer des autres Églises. Car il faut bien se pénétrer de cette vérité, qu'une grande époque est dominée par un seul et même esprit qui, ne se laissant pas diviser ou tronquer, pénètre tôt ou tard dans tous les domaines.

CHAPITRE II.

DES RAPPORTS DE L'ÉTAT AVEC LES SCIENCES, LES ARTS, ET AVEC L'INSTRUCTION[1].

---

§ 132.

DES RAPPORTS DE L'ÉTAT AVEC LES SCIENCES ET LES ARTS.

La science, qui agrandit sans cesse le pouvoir intellectuel de l'homme, en le rendant par la connaissance maître des lois et des forces qui régissent l'univers, et l'art, conçu ici comme l'ensemble des beaux-arts, qui manifeste dans le domaine idéal le pouvoir spirituel de production et de formation, ne peuvent prospérer que dans l'air vivifiant de la liberté, qui leur permet d'aller aux derniers principes et de s'inspirer aux sources immédiates du vrai et du beau. C'est principalement la mission de la science en général, et surtout de la philosophie, de revenir toujours aux sources premières, de veiller à ce qu'elles ne soient pas obstruées par des barrières que des autorités étrangères à la science cherchent souvent à opposer à ses recherches. L'histoire du développement intellectuel prouve d'ailleurs que tous les moyens de contrainte ont été impuissants devant la force supérieure que la vérité, loi d'attraction dans le monde intellectuel, exerce sur tous les esprits, et qui brise à la fin les chaînes captives dans lesquelles on a voulu les retenir. La science peut, il est vrai, s'égarer dans de fausses routes, répandre des erreurs déplorables, mais elle n'accepte jamais d'autre

[1] Dans la première édition de ce Cours (1839), cette partie était beaucoup plus développée. Tous les principes que nous y avons exposés sont encore conformes à notre opinion actuelle. Mais nous avons dû nous borner ici à toucher seulement les points principaux.

autorité pour redresser les erreurs qui ont été commises que celle de la science elle-même, qui en appelle de l'erràur e une meilleure information par de nouveaux faits ou par une meilleure méthode.

L'État doit donc garantir une pleine liberté au développement des sciences et des arts, et n'intervenir lui-même dans le mouvement intérieur des doctrines, des méthodes, du style, etc., ni par des prescriptions, ni par des défenses. Toute action exercée par l'État contre ceux qui professent une doctrine considérée comme fausse, par exemple le matérialisme, ne contribuerait qu'à exciter l'ardeur de ses partisans, à affaiblir et à faire paraître quelquefois sous une fausse lumière la réfutation, et à exciter même des sympathies chez ceux qui voient avec raison dans une telle poursuite la violation du principe de la liberté, sans laquelle la vérité ne peut pas jeter de fortes racines dans l'esprit et se transformer en conviction et en certitude. Dans toute recherche qu'on doit supposer sincère, honnête, il faut encore respecter l'intention, le but de la vérité, de ce principe, qui, comme tout ce qui est divin, ne souffre pas de violence ou de contrainte. D'ailleurs, si de fausses doctrines, telles que le matérialisme, se répandent, la faute principale en est au gouvernement, qui n'a pas pris un soin suffisant pour faire initier la jeunesse à une forte étude des sciences idéales philosophiques. D'un autre côté, l'État peut exiger que la science ne sorte pas des limites qui lui sont tracées par le but de la vérité et de l'investigation méthodique, qu'elle s'abstienne d'injurier ceux qui professent d'autres opinions, et qu'elle n'excite pas à la violation des lois[1], dont la critique scientifique doit d'ailleurs être permise.

[1] C'est ainsi qu'un médecin en Allemagne, qui, dans un écrit, avait tiré du matérialisme la conséquence qu'il était permis à une femme de faire avorter un enfant, fut poursuivi et condamné. S'il s'était borné à demander, au point de vue de cette doctrine aussi fausse qu'abrutissante, la réforme de la loi sur cette matière, le principe de liberté scientifique eût exigé qu'il fût absous.

Les sciences et les arts sont cultivés individuellement, ou au moyen de réunions constituées par des *écoles* scientifiques et artistiques, par des *sociétés*, et au plus haut degré par des *Académies* de sciences et d'arts. Quoique les impulsions nouvelles dans les sciences et les arts soient toujours données par le génie individuel, les sciences et les arts tendent aussi à lier les esprits entre eux, par des écoles ou par des sociétés. Presque partout où l'histoire nous signale un mouvement fort, rapide et élevé dans la philosophie, les sciences ou les arts, nous nous trouvons toujours amenés à quelques réunions d'hommes liés entre eux par les rapports de l'amitié ou par les relations de maître et d'élève. On a appelé (Dahlmann, dans sa *Politique*; all.) avec raison Pythagore enseignant au milieu de ses disciples, la *première université*. Les grandes écoles de philosophie grecque, de Platon, d'Aristote, des Stoïciens, ont été d'importants foyers pour la propagation des idées. Après que des universités se furent formées au douzième siècle à Paris (principalement par l'enseignement d'Abélard), à Bologne (par les leçons de droit de l'Irnerius), des académies se constituèrent principalement en Italie (l'académie platonique de Cosme de Medecis, fondée à Florence en 1439, l'académie des antiquaires, fondée à Rome en 1498, l'académie philosophique, fondée à Venise en 1495, celle des *secretorum naturæ*, fondée en 1560 à Naples). L'académie française sortit d'une société privée, formée pour le perfectionnement de la langue française, et que Richelieu organisa en académie. Leibniz fut le promoteur de l'académie des sciences de Berlin, fondée en 1700. On ne saurait sans injustice méconnaître les services que ces sociétés savantes ont rendus à la science; toutefois on a généralement exagéré leur mérite[1], car l'histoire prouve que les académies, loin

[1] M. Liebig, dans son écrit sur Bacon, dans lequel il réduit (comme de Maistre l'avait déjà fait dans son ouvrage : *Examen de la philosophie de Bacon*) à une juste et très-minime valeur l'influence que, dans les sciences naturelles, on s'était habitué à lui attribuer, pense que les académies ont été nuisibles sous autant de rapports qu'elles ont été utiles.

d'avoir été à la tête des progrès, n'ont souvent pas même compris les découvertes qui avaient été faites: la Société royale de Londres n'avait pas d'intelligence pour les travaux de Newton, l'académie des sciences de Paris ne comprit pas la découverte des Watt et des Fulton, etc.

Le vice de ces académies consiste en ce qu'elles se complètent elles-mêmes par élection, qu'elles sont par conséquent peu accessibles aux impulsions et aux directions nouvelles qui se font jour dans les sciences et dans les arts, et qu'elles ne sont pas liées d'une manière plus intime avec le corps enseignant, surtout avec les universités et avec les sociétés de sciences et d'arts qui forment le degré inférieur de l'*organisation de l'ordre scientifique et artistique.* Cet ordre n'existe pas encore, mais il est en voie de formation; car lorsque les diverses sociétés de sciences et d'arts se sont répandues dans un pays, se sont plus consolidées et distinguées par leurs travaux, elles doivent être successivement rattachées aux organes supérieurs, associées à leurs travaux, et appelées à concourir à l'élection des membres des diverses académies.

L'État a le devoir, par les raisons précédemment développées (p. 343), de favoriser aussi le développement des sciences et des arts par des secours que les artistes et plus encore les savants ne peuvent attendre d'une manière suffisante de l'accueil que le public fera à leurs œuvres. Le besoin d'un appui plus étendu se fait sentir dans tous les pays civilisés, et les États pourront un jour mieux remplir ce devoir, quand ils ne seront plus obligés d'épuiser les forces d'une nation pour les moyens de destruction.

§ 133.

DES RAPPORTS DE L'ÉTAT AVEC L'INSTRUCTION ET L'ÉDUCATION.

L'instruction dans tous les degrés doit se proposer comme but fondamental de cultiver, d'élever l'*homme* dans l'ensemble

[illegible] l'intelligence, et le [illegible] l'instruction moderne [illegible] est envisagé d'une manière [illegible] sous le rapport de l'intelligence, que le sentiment et la volonté [illegible] au second plan, et que [illegible] n'est pas formé tel que Dieu l'a [illegible] mais qu'il est fractionné dans ses parties et [illegible] dans des directions exclusives. C'est [illegible] qui caractérise toute l'époque moderne. Descartes l'a [illegible] par son [illegible] identifiant l'être spirituel avec la pensée; Hegel en Allemagne a porté ce principe à son apogée, en concevant le monde entier comme une évolution dialectique de la pensée divine; et Buckle en Angleterre l'a développé dans ses conséquences pratiques, en déclarant qu'aucun progrès social ne s'est jamais accompli que par l'extension du savoir, par la connaissance des forces et des lois au moyen desquelles l'homme étend son pouvoir sur la nature et organise mieux les rapports sociaux. Selon Buckle, ce sont donc les lois et les vérités intellectuelles qui seules ont fait changer la position de l'homme dans le monde et dans la société, tandis que les lois morales sont restées toujours les mêmes, et le bien qu'on fait aux hommes, quelque grand qu'il soit, est toujours passager, tandis que les vérités qu'on leur laisse sont éternelles ». Sans doute, et c'est un point important que Buckle a eu le mérite d'avoir bien mis en évidence, l'intelligence est la force progressive, allant toujours en avant dans la recherche de tout ce qui est, agrandissant sans cesse le fonds substantiel de chaque esprit et le capital intellectuel de toute la société, sans lequel l'esprit reste vide, creux, et la société pauvre, mettant souvent des fantômes à la place des vérités. Cependant, le sentiment et la volonté exercent des fonctions également importantes (v. t. I, p. 113), plus difficiles à cultiver, mais également nécessaires pour une culture humaine complète. Car le sen-

timent remplit la fonction de saisir et de mettre en rapport avec l'être et l'état entier de l'esprit ce que l'intelligence a conçu en général, et d'assimiler ainsi plus intimement au sujet ce que celui-ci a compris dans le domaine objectif des vérités. De son côté la volonté, pouvoir central dans lequel le *moi* se manifeste dans sa causalité et son action propre, est la force qui, en rendant d'abord l'esprit maître de lui-même, soumet à son empire tout ce que la force d'expansion intellectuelle a conquis dans le monde des vérités. C'est principalement dans ce qu'il veut et ce qu'il fait que l'homme montre ce qu'il est en lui-même, qu'il manifeste son caractère et toute sa valeur morale. Et, dans la vie sociale, ce ne sont pas les vérités elles-mêmes qui y produisent les changements, mais les *biens*, dans lesquels des vérités, existant souvent depuis longtemps dans les intelligences, ont été transformées par la puissance de volonté des hommes, qui ont fait souvent le sacrifice de leur vie pour les mettre à exécution. Les vérités ne se réalisent pas d'elles-mêmes et les intelligences qui les conçoivent sont souvent timides, n'ayant pas assez de cœur et de force de volonté pour en poursuivre l'application. La société a besoin d'*hommes*, et l'instruction doit viser en premier lieu à mettre ceux qui sont à élever dans la possession consciente de la plénitude de leurs facultés humaines, et à donner à ces facultés une direction idéale vers la source divine de toute vérité et de tout bien. Or, les forces éminemment idéales dans toute instruction sont la religion et la philosophie, susceptibles d'être combinées en diverse mesure à tous les degrés de l'enseignement. La religion formera donc naturellement à cet égard la base dans l'instruction primaire, qui, outre les autres connaissances élémentaires, serait complétée par les premières notions sur l'organisme physique de l'homme et sur la nature de l'âme, sur ses propriétés et ses facultés fondamentales; de pareilles notions psychologiques, susceptibles d'être mises à la portée de tous les esprits, contribueraient, en leur révélant

leur propre nature, à leur faciliter les moyens de s'éclairer sur tous les autres objets. Au suprême degré de l'enseignement, dans les universités, la philosophie dans ses parties principales, la psychologie, la logique et la métaphysique, la philosophie morale et religieuse, l'histoire de la philosophie, devra être le fondement, le sommet et le lien encyclopédique pour toutes les autres sciences. L'histoire atteste qu'un nouvel élan philosophique a donné généralement à toute une époque une nouvelle direction intellectuelle, et que le déclin de la philosophie a toujours fait surgir des tendances matérialistes qui n'ont pu être vaincues que par une étude philosophique plus approfondie de la nature de l'esprit et des faits spirituels dans leur différence essentielle avec les faits et les causes de l'ordre physique. Aussi n'y aura-t-il jamais d'autre moyen efficace de combattre des doctrines ou plutôt des fictions matérialistes que de ranimer, aux centres de l'instruction supérieure, l'étude de la philosophie, et de veiller à ce que tous ceux qui se vouent à une profession savante spéciale, à la théologie, au droit, à la médecine, aux sciences naturelles, prouvent, par un examen convenable sur quelques branches fondamentales de la philosophie, formant le complément et en partie le contre-poids nécessaire pour leurs études spéciales, qu'ils connaissent l'état actuel des recherches philosophiques sur les grandes questions qui concernent la nature de l'esprit et les principes éthiques généraux de tout l'ordre social.

L'instruction se divise naturellement en trois degrés principaux, instruction *élémentaire*, avec ses diverses branches (écoles de petits enfants, écoles élémentaires plus ou moins élevées), écoles *moyennes*, et instruction *supérieure*. Le premier degré est la base commune des degrés plus élevés; mais, à partir des écoles moyennes, une séparation doit se faire d'après la vocation prédominante que les élèves veulent embrasser. Cette séparation se rapporte à la distinction du monde physique et du monde spirituel. Il y a des professions

réalistes pour les travaux de l'ordre économique dans le domaine de la production première, principalement l'agriculture, l'industrie et le commerce. L'instruction pour ces professions s'organise dans des écoles *techniques* et *polytechniques*, les dernières correspondant dans cet ordre aux universités. D'un autre côté, il y a des professions exigeant la connaissance des principes, des doctrines qui se rapportent à l'ordre spirituel et moral, à la religion, au droit, ou à la santé de l'homme, comme la médecine, ou qui présentent le développement successif de l'humanité dans le temps, comme l'histoire, ou qui étudient l'expression spirituelle du génie des peuples dans les langues, principalement dans les langues anciennes. Dans l'intérêt de ces professions humanistes s'organisent les *gymnases* (lycées, etc.) et les *universités*. Toutefois ces deux ordres d'instruction doivent être organisés, non d'une manière exclusive, mais seulement prédominante, d'après les deux points de vue principaux de la nature et du monde spirituel et moral. De même que les études concernant les divers domaines de la nature doivent être représentées d'une manière suffisante dans l'instruction humaniste moyenne, et surtout dans l'instruction supérieure, où elles sont instituées plus en vue de la science elle-même que pour l'application immédiate, de même les écoles techniques et polytechniques doivent être pourvues d'un enseignement des principales langues modernes, de l'histoire, de la littérature, et surtout de la partie psychologique de la philosophie, qui, par l'étude de l'esprit, peut seule former un contre-poids nécessaire aux études dirigées vers la nature extérieure, et aboutissant facilement, dans cette direction exclusive, au matérialisme. Aux universités est échue principalement la mission d'être, dans l'enseignement, la représentation vivante de l'universalité des connaissances humaines, d'exposer librement toutes les sciences dans leurs derniers principes et dans leurs relations intimes comme des branches de l'arbre encyclopédique de la science générale, d'initier la jeunesse aux sources suprêmes du vrai, du bien,

du juste et du beau, en agrandissant ses vues, en ennoblissant ses sentiments, en formant son caractère, en maintenant ainsi, au sein d'un peuple, la puissance des études supérieures, et en jetant par là une trame brillante dans le tissu de toute sa culture. L'université, qui ne remplirait pas ce but, priverait la société du plus puissant levier de civilisation, étoufferait, aplatirait l'esprit de la jeunesse, et ne formerait que des hommes à idées étroites, sans principes, sans caractère, et qui, étant dénués de convictions sur les grandes questions intéressant toute la culture morale de l'humanité, répandraient l'indifférence et le scepticisme par rapport aux fondements moraux de l'ordre social. L'insouciance et l'incapacité de ceux qui dirigent l'instruction publique ont, dans plusieurs pays, produit beaucoup de mal, et la propagation de ce mal ne peut être arrêtée que par une culture plus forte des sciences philosophiques.

Les rapports de l'État avec l'instruction sont réglés par les principes suivants.

L'État doit reconnaître la *liberté de l'instruction* pour tous les degrés et genres de l'enseignement, aussi bien la liberté de donner l'instruction que celle de chercher l'instruction là où elle paraît être la meilleure. Sous le premier rapport, l'État, pour offrir au public une garantie morale, constituera des commissions d'examen qui délivrent des certificats de capacité, des diplômes à ceux qui désirent en obtenir, sans qu'il soit besoin d'en exiger l'exhibition pour l'exercice de la fonction de l'enseignement dans des écoles privées, parce qu'il faut habituer les parents à s'enquérir eux-mêmes, non-seulement de la capacité, mais aussi de la moralité de ceux à qui ils confient l'instruction de leurs enfants. D'un autre côté, l'État doit remplir une obligation de culture générale, en instituant, pour tous les degrés de l'instruction, des commissions chargées d'examiner indistinctement les élèves des institutions privées et publiques, pour maintenir l'enseignement à une certaine hauteur par les connaissances qui sont

exigées de tous les élèves. Ces commissions, instituées par tous les degrés, seront équitablement composées de membres appartenant en partie à l'instruction publique, en partie à l'instruction privée. Les examens seront obligatoires pour tous les élèves de l'instruction élémentaire, et, quant à l'instruction moyenne et supérieure, pour tous les élèves qui veulent exercer soit une fonction publique conférée par l'État, soit une profession d'un intérêt plus ou moins social, sous les auspices d'une autorisation publique. Un tel examen doit, par conséquent, être exigé pour les ministres des cultes subventionnés par l'État, pour l'exercice du droit comme avocat et pour celui de la médecine. Toutefois l'État doit permettre à chacun de défendre lui-même sa cause devant un tribunal, quand elle ne dépasse pas une certaine valeur, sans avoir recours à un avocat, et quant à la médecine, qui ne repose pas sur des principes fixes comme le droit positif, et dont les méthodes de guérir sont non-seulement très-changeantes, mais ont quelquefois fait périr plus de malades que tous les charlatans réunis d'une époque, l'État doit seulement, du point de vue de la police, veiller à ce qu'il ne se débite pas de remèdes secrets évidemment nuisibles à la santé, sans défendre toutefois à un malade de se faire guérir d'après une méthode découverte ou adoptée par une personne sans titre légal.

Ainsi il y aura instruction *obligatoire* pour l'enseignement élémentaire. Cette instruction ne doit pas être identifiée avec l'instruction *officielle* établie par l'État lui-même. Ce serait une violence morale que rien ne pourrait justifier, que l'État voulût obliger les parents à envoyer leurs enfants à une école publique qui n'aurait pas leur confiance à cause de la personne du maître ou des doctrines qui y sont enseignées. Au fond, ce n'est pas tant l'instruction que l'examen que l'État doit rendre obligatoire, en abandonnant entièrement à la liberté des parents de faire donner l'instruction soit à la maison, soit dans des écoles privées ou publiques.

La même liberté doit exister pour les autres degrés et genres d'instruction. C'est par les examens que l'État fixe le degré et l'étendue des connaissances qu'il exige de tous les élèves des institutions publiques et privées. C'est par la liberté que l'instruction s'est toujours améliorée sous le rapport des méthodes et des matières. Une instruction purement officielle, sans concurrence, arrêterait tout progrès. L'enseignement supérieur dans les universités d'Allemagne ne s'est maintenu dans les conditions d'un progrès continu que par une concurrence organisée dans leur propre sein par les professeurs extraordinaires et les docteurs appelés *Privatdocenten*, faisant en particulier les mêmes cours que les professeurs ordinaires[1]. En Angleterre et en Belgique, le régime de liberté de l'instruction a fait naître des universités, l'université de Londres, formant en réalité deux universités distinctes, unies par une même charte d'incorporation, l'université libre de Bruxelles (1834), et l'université de Louvain, fondée par les évêques, 1834, universités qui ne prospèrent pas seulement à côté de celles de l'État, mais ont, surtout en Belgique, maintenu une juste émulation profitable à toute l'instruction.

Une question capitale concerne le rapport de l'instruction avec les confessions religieuses. L'Église catholique a souvent élevé la prétention de diriger toute l'instruction, en se fondant sur la mission donnée par le Christ aux apôtres, d'aller en tous pays et d'enseigner tous les payens, etc.; mais le Christ n'a pas chargé ses apôtres d'enseigner les mathématiques ou le droit et la médecine, il n'a pu songer qu'à la nouvelle doctrine religieuse qu'il venait d'apporter au monde. L'instruction ainsi que l'éducation constituent un ordre de culture *humaine*, qui a son origine dans la famille, première école où s'instruisent et se forment les enfants et qui est devenue un grand fleuve accueillant, dans son passage à

[1] En Autriche, la situation des professeurs extraordinaires a été réglée, depuis 1850, avec une grande libéralité, en ce qu'ils sont aussi admis aux commissions publiques d'examen.

travers les siècles, toutes les sources ouvertes par le génie scrutateur dans le monde physique, spirituel et moral. L'instruction a existé avant qu'il y eût une Église catholique; elle n'a fait de progrès que depuis son émancipation des autorités ecclésiastiques, et elle ne doit pas être replacée sous la direction d'une autorité qui a toujours cherché à extirper, dans le mouvement de l'intelligence et des sciences, le principe vital, la liberté. Ce n'est donc pas une Église qui peut être investie de la haute direction sur l'enseignement, mais c'est l'État qui doit régler les justes rapports de l'instruction avec tous les ordres de vie qui y sont intéressés, qui doit maintenir par conséquent le principe fondamental de la liberté, reconnaître aussi aux diverses confessions le droit de donner l'instruction religieuse, et exiger que les enfants appartenant à une confession subissent un examen religieux spécial formant une partie de l'examen public général. Il n'y a que l'instruction élémentaire qui offre quelque difficulté en ce qu'un seul maître d'école est ici chargé de tout l'enseignement, mais cette difficulté est levée par le principe général que chaque confession doit se charger elle-même du soin de l'enseignement dogmatique, et que, dans les cas où elle ne veut pas confier cet enseignement au maître d'école nommé par une autorité politique, sur l'avis d'une commission dont les ecclésiastiques feront naturellement partie, elle doit être obligée de donner cet enseignement dans l'Église. Les diverses confessions pourront user de la liberté générale d'organiser un enseignement distinct de celui de l'État, en restant cependant soumis au contrôle général de l'État et aux exigences établies par les examens publics.

L'instruction, constituant une sphère sociale particulière, demande une *organisation* d'après les principes généraux que nous avons établis pour tous les ordres principaux. Chaque degré et chaque branche principale (humaniste ou réaliste) de l'instruction formera un corps spécial qui nommera des représentants pour des *assemblées périodiques*, à l'effet de

discuter tout ce qui touche au fond et à la forme méthodique de l'enseignement. En dehors de ces assemblées générales, dont les représentants seront nommés à la fois par l'instruction publique et privée, il y aura une représentation spéciale du corps enseignant public dans les *synodes* appelés à discuter tout ce qui touche à l'enseignement, et à émettre un vote consultatif sur les lois et les règlements qui le concernent. Quand il y a plusieurs universités dans un pays, il importe également que les facultés similaires soient obligées de délibérer périodiquement par des représentants sur les besoins et les améliorations de leur enseignement.

L'organisation de l'ordre enseignant, comme celle de l'ordre scientifique et artistique, est aujourd'hui à peine ébauchée, mais c'est une mission importante de l'avenir de la compléter et de la consolider.

CHAPITRE III.

DES RAPPORTS DE L'ÉTAT AVEC L'ORDRE ÉCONOMIQUE DE LA SOCIÉTÉ.

---

§ 134.

I. Dans l'ordre général des biens, il y a un genre particulier constitué par les biens de l'ordre physique, et dont le caractère spécifique consiste en ce que, d'après leur nature, ils sont destinés à entrer non-seulement dans la possession, mais surtout dans la consommation exclusive d'une personne. Ces biens sont ceux de l'ordre *économique*. Tandis que tous les biens de l'ordre spirituel, la religion, les sciences, les arts, l'instruction, tout en étant aussi l'objet d'un travail qui

peut être récompensé par un honoraire, et souvent susceptible d'être représenté dans un objet matériel (manuscrit, statue, etc.) dont l'original ou un exemplaire peut se trouver dans la propriété d'une personne, ne sont pas destinés à une consommation exclusive, ne perdent rien parce que d'autres en jouissent également et augmentent souvent par la communication, les biens économiques au contraire ne sont pas seulement représentés dans des objets sensibles, mais ont encore pour but de satisfaire les besoins de la vie physique de l'homme.

La science économique a pour but *direct* de traiter de ces biens matériels, quoiqu'elle doive montrer partout l'*influence* que les biens spirituels exercent toujours sur la production, la distribution et la consommation de ces biens. La science économique doit être distinguée des sciences *techniques,* qui exposent la manière dont l'homme doit faire agir les forces de la nature elle-même dans l'un au l'autre genre de la production; elle est elle-même une science *éthique,* dominée par le principe du *bien* que l'homme *doit* réaliser dans l'ordre physique par la meilleure combinaison de ses propres forces par rapport aux forces et aux objets de la nature dans la production, la distribution et la consommation des biens. A cet égard, la science économique ne doit jamais perdre de vue que tout bien particulier est une partie d'un tout supérieur, de l'harmonie organique de tous les biens, et que les biens n'ont pas une existence abstraite, mais qu'ils ont leur but dans l'homme et son développement harmonique. Or, en partant de la nature de l'homme, comme étant à la fois et une personnalité libre, avec des buts et des intérêts propres, et un membre organique de l'ordre social, la science économique doit exposer les lois qui, au double point de vue de la liberté personnelle et du bien commun de tous, doivent guider l'action humaine dans la production, la distribution et la consommation des biens matériels. Cette science peut être traitée, comme toutes les sciences pratiques (v. t. I, § 2), sous le triple point de vue, historique, réel et idéal, selon

qu'on expose les lois qui ont présidé au développement des divers domaines économiques dans l'histoire des peuples, ou qu'on fait connaître les principes d'après lesquels, dans l'état actuel de la culture et de la moralité, les rapports économiques sont constitués, ou qu'on expose l'organisation économique telle qu'on peut la concevoir à un point de vue idéal de culture et de moralité. Un progrès très-important s'est opéré dans la science moderne de l'économie nationale, en ce qu'on a compris que le domaine économique est soumis à des lois de développement comme la vie nationale, dont elle est une face et une partie organique, et que, d'un autre côté, ce domaine, dans lequel se manifestent tous les motifs moraux qui peuvent inspirer l'action de l'homme par rapport aux biens matériels, a un caractère essentiellement éthique et est si intimément lié avec tout l'état moral des hommes et des peuples, que la culture morale (qui est encore à distinguer de la culture purement intellectuelle), avec toutes ses vertus d'honnêteté, de modération, de prévoyance, de bienveillance, de soumission des intérêts particulier au bien commun, est la condition fondamentale du progrès économique. C'est par ce caractère historique et éthique que la science économique, telle qu'elle est cultivée en Allemagne par ses représentants les plus éminents [1], se distingue de la doctrine économique abstraite, partant, comme le libéralisme abstrait, du principe de la liberté, vrai et fécond en lui-même, mais ayant besoin, comme toute force morale, d'être

[1] M. List († 1846) avait commencé par présenter, dans son *Système national de l'économie politique*, 1842 (all.), toute la vie économique d'une nation sous le point de vue de l'*éducation*, de sorte que la liberté commerciale complète fût proposée comme le but dont on devait se rapprocher de plus en plus, mais que la protection du travail national fut justifiée de ce point de vue; mais il était réservé aux vastes connaissances historiques de notre collègue et ami, M. Roscher, de faire envisager tout le domaine économique dans son développement historique et de faire ressortir en même temps les principes moraux qui régissent toutes les parties du domaine économique. M. Schäffle, dans son ouvrage cité t. II, p. 9, a cherché à ramener cette science d'une manière systématique à la nature et à la destinée morale de l'homme.

réglée et de recevoir une juste direction vers les biens qu'elle doit produire. La vraie doctrine économique admet donc aussi l'éducation d'un peuple pour la complète liberté économique internationale, et elle insiste partout sur la moralité comme étant la condition fondamentale pour produire les améliorations économiques les plus bienfaisantes pour toutes les classes et surtout pour la classe des travailleurs (p. 83).

La science économique se trouve en rapport intime avec les sciences juridiques et politiques, parce que les biens économiques constituent une partie des objets ou biens dont le droit expose les conditions et les *formes* d'acquisition et de transfert. La science économique, au contraire, fait connaître l'action *causale,* réelle, par laquelle ces biens sont produits et distribués; et, comme les formes doivent être adaptées au fond, c'est la science économique qui doit fournir, pour les sciences juridiques et pour toute l'action de l'État, les principes d'après lesquels les rapports économiques doivent être réglés par les lois de droit privé et public. La science économique n'est donc pas elle-même une science juridique et politique; elle est la science d'un domaine social particulier qui demande à être réglé formellement par les lois et à être favorisé dans son développement par l'action de l'État.

II. Les rapports de l'État avec tout le domaine économique sont exposés dans une science particulière très-importante, la *politique* de la science économique[1], dont nous avons exposé les principes dans la théorie du but de l'État et de ses rapports avec les divers ordres sociaux (§ 107).

L'*organisation* de l'ordre économique de la société est, à l'exception de l'ordre religieux, plus avancée que celle de tous les autres ordres libres de la société. Une représentation est

[1] Cette science pratique très-importante, qui est à distinguer de la science théorique de l'économie nationale, peut aussi être traitée d'une manière séparée, comme l'a fait M Rau dans le second volume de son *Lehrbuch der politischen Oekonomie.*

organisée dans les *chambres de commerce* et *d'industrie*, auxquelles se joignent déjà des *chambres d'agriculture* (comme les conseils généraux d'agriculture en France). Une *juridiction* particulière est constituée par des *conseils de fabrique* (conseils de prudhommes en France), par des *tribunaux* de commerce et d'industrie, qui doivent être complétés par des tribunaux d'agriculture. Il y a ensuite dans chaque grand État un nombre considérable d'associations particulières pour les diverses entreprises économiques; mais l'organisation est encore incomplète dans sa base, parce que les travailleurs eux-mêmes ne se sont pas groupés dans les diverses catégories de travaux, et qu'il manque ainsi l'unité et le lien dans l'organisation. Cependant ces lacunes ne tarderont pas à se combler, et l'État lui-même peut accélérer ce mouvement organisateur, en établissant les *cadres* généraux dans lesquels les diverses branches de l'industrie et du commerce peuvent se grouper librement.

CHAPITRE IV

DES RAPPORTS DE L'ÉTAT AVEC LA MORALITÉ PUBLIQUE.

---

§ 135.

La moralité est souvent considérée comme appartenant uniquement au domaine de la conscience intime et de la vie privée de l'homme. Les actes moraux ont, il est vrai, leur source dans les motifs intérieurs, et puisent leur valeur dans l'intention; mais ils se produisent le plus souvent à l'extérieur, dans les relations sociales; ils se laissent alors vérifier par des moyens certains, et sont soumis à un jugement

public. Par cette raison, c'est d'abord l'État qui peut prendre des mesures *préventives* (par exemple contre divers genres de fraude et de falsification, contre des exhibitions indécentes, contre la prostitution, contre la cruauté envers les animaux, contre les jeux de hasard, etc.), et *repressives* (par rapport à des délits et à des crimes contre la moralité, par rapport au parjure, à la bigamie, à l'inceste, etc.); il peut favoriser la moralité, tant par la culture intellectuelle et morale qu'il répand au moyen de l'instruction, que par les facilités et même par les secours qu'il accorde aux associations qui se proposent la poursuite d'un but moral; enfin il peut exiger que les diverses professions sociales instituent des *conseils de discipline*, chargés aussi de juger d'actes par lesquels la moralité et l'honneur d'une profession paraissent blessés.

Cependant, c'est principalement le levier de l'*association* qui doit être employé pour obtenir des résultats positifs dans des bienfaits qui se répandent sur toute une classe d'hommes. L'association a été, depuis le christianisme, la puissance principale qui est venue au secours de toutes les infirmités et faiblesses de la nature humaine et a remédié à tous les malheurs de la vie sociale, mais c'est dans le domaine moral proprement dit qu'elle doit recevoir encore une plus large application. Depuis longtemps on a établi, dans divers pays, des sociétés de tempérance ou mieux d'abstinence, par rapport à des boissons alcooliques délétères pour la santé; ce mouvement s'est beaucoup ralenti par suite de la tendance matérialiste de toute l'époque moderne, mais il peut être ranimé et appliqué à d'autres objets nuisibles à la santé (comme le tabac). Toutefois c'est surtout l'âme qui est atteinte par des maladies morales, dont les causes principales résident dans l'absence ou l'affaiblissement des convictions sur les rapports de l'homme avec l'ordre divin et moral des choses, et dont les remèdes principaux doivent être cherchés dans le réveil et la propagation des idées morales, propres à donner à chacun l'empire de soi-même et à former un nœud plus intime entre

les hommes. L'association ne peut pas combler les lacunes qui existent dans la moralité interne, mais elle peut faire éclore et nourrir de bonnes tendances et faire réagir la pratique sur le développement des convictions et des sentiments moraux. L'association morale peut être appliquée dans le but d'éloigner de certains vices, ou dans le but de porter un secours moral, appuyé quelquefois de secours matériels, à des infirmités morales ou à des états sociaux, qui deviennent facilement des sources d'immoralités. Ces associations sont particulièrement celles de bienfaisance de divers genres, associations pour l'établissement des écoles de réforme, pour le soutien moral et le placement de ceux qui sortent de prison, pour la visite des prisonniers dans le système pénitentiaire, et surtout pour l'organisation des secours pour les *pauvres.* Cette organisation ne doit pas se faire dans une vue exclusive; ce n'est pas un point de vue purement confessionnel qui doit prédominer dans une question tout humaine, ce n'est pas non plus une association purement *privée* qui peut remplir convenablement cette mission étendue; l'organisation de la bienfaisance doit appeler toutes les forces, toutes les personnes, toutes les corporations, qui veulent pratiquer un devoir général d'humanité, ou à qui incombe en premier lieu l'obligation de venir au secours d'une personne. La bienfaisance s'exerce aussi à plusieurs degrés et de plusieurs manières; elle est pratiquée par les familles, dont l'obligation par rapport à des membres indigents pourrait être encore plus étendue et mieux précisée, par des communes, par des corporations, par des provinces, et ensuite par le pouvoir central; mais les autorités politiques ont seulement à exercer la mission importante de former le point central d'union et de *contrôle*, et d'établir un règlement *unitaire*, pour qu'il ait justice égale dans le traitement des indigents, et que les uns, souvent les plus hardis, ne reçoivent pas des secours de divers côtés, tandis que d'autres ne sont assistés que dans un seul lieu; mais la *pratique* de la bienfaisance

doit être exercée par les membres de l'association, de telle manière que chaque membre soit constitué curateur d'un petit nombre d'indigents et soit moralement responsable de tout ce qui est nécessaire pour faire sortir ces indigents de leur état et les mettre à même de se procurer, par leur propre travail, les moyens de subsistance.

CONCLUSION.

Nous avons ainsi exposé succinctement l'organisme de la société, tel qu'il est fondé dans la nature de l'homme et tel qu'il tend à se constituer dans le développement progressif des peuples. L'organisation est devenue le mot d'ordre de notre époque, le système exclusif d'individualisme atomistique et de liberté abstraite se montre impuissant pour la reconstitution de la société; mais la réorganisation successive ne peut s'établir que d'après les principes de la liberté, de l'autonomie, du *self-government* et de la coordination organique des diverses sphères de l'activité humaine formant, au sein de chaque peuple, un système fédératif de toutes les sphères de vie et de culture, et présentant le développement sucessif et toujours plus harmonique de l'organisme éthique de l'humanité.

LIVRE TROISIÈME.

APERÇU SUR LE DROIT DES GENS.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NOTION, DE LA DIVISION ET DES PRINCIPES CONSTITUTIFS DU DROIT DES GENS.

§ 136.

NOTION ET DIVISION.

Le droit des gens est l'ensemble des principes réglant les conditions de la coexistence et du commerce social des peuples pour la poursuite de leurs buts de culture.

Les rapports entre les peuples sont de deux espèces : il y a des rapports de droit public de peuple à peuple comme personnes morales, constituées en États plus ou moins organisés ; et des rapports de droit privé entre divers membres d'un peuple comme individus et des membres d'un autre peuple ; car les relations privées s'étendent également au-delà des limites d'un État. Le droit des gens se présente donc aussi sous un caractère *public* et *privé*. Le premier est appelé simplement droit des gens ou *droit international;* le second, *droit international privé.*

Le droit international *privé* devait trouver une application chez les peuples, aussitôt qu'ils entraient dans un commerce

social avec d'autres peuples; il s'agissait alors d'établir des principes de droit à l'effet de régler les rapports privés d'individus appartenant à des nations différentes. C'est ainsi qu'on sentit à Rome le besoin de constituer un *prætor peregrinus*, pour juger les différends tant entre les Romains et les étrangers qu'entre les étrangers eux-mêmes. Depuis le christianisme, nous trouvons divers principes mis en application pour le règlement des rapports internationaux privés. Les peuples germaniques adoptaient, dans un sentiment de justice, envers les peuples vaincus le « système des droits personnels », d'après lequel chaque peuple était traité selon ses droits nationaux. Dans le moyen-âge, quand la souveraineté fut développée, on introduisit le « système territorial », d'après lequel chaque État s'arrogeait le droit de juger les questions internationales privées selon les lois régissant ses propres sujets. Plus tard se répandit le principe plus social de la *comitas nationum*, et dans les derniers temps la plupart des États ont accepté le « système de réciprocité ». Mais tout le droit international privé a encore besoin d'être mieux développé par la science et d'être réglé par des conventions[1].

Le *droit des gens* ou le droit international public, dont nous nous occupons ici, peut être envisagé, comme toute matière de droit, à un triple point de vue, *philosophique*, *historique* ou *positif*, et *politique*.

Le droit des gens *philosophique* expose les conditions de coexistence et de commerce social des peuples, telles qu'elles résultent de leur nature morale, comme membres intégrants de l'humanité, poursuivant dans la vie nationale tous les buts de la culture humaine. La nature morale ou *éthique* des peuples est donc la source *réelle*, et la raison humaine la

[1] Sur le droit international privé, on peut consulter les ouvrages français de Félix et de Fiore, plus les ouvrages allemands de Schaeffner (1845) et de Bar (1864).

source idéale de la connaissance de ce droit. C'est d'après tous les rapports éthiques des peuples, d'après leurs rapports religieux, moraux, intellectuels, économiques, formant un organisme vivant de culture humaine, que le droit des gens doit être constitué et sans cesse perfectionné. Ce point de vue éthique est le seul complet, mais il n'est compris que successivement, et la science philosophique du droit des gens suit les mêmes phases progressives que la philosophie du droit en général.

Hugo Grotius, le restaurateur de la philosophie du droit et du droit des gens, a exercé par son ouvrage *de jure belli ac pacis* et par son principe si simple et si fécond de la sociabilité, une influence très-salutaire sur la pratique même du droit international. Une autorité plus grande encore fut acquise à la doctrine de *Wolff*, qui, en mettant en tête de son système philosophique du droit le perfectionnement individuel et social et en envisageant les droits dans leurs rapports intimes avec la moralité, a essentiellement contribué à réformer le droit des gens dans un sens plus humain et plus moral. L'ouvrage de *Vattel: Le droit des gens*, Leyde, 1758, nouvellement édité par Pradier-Fodéré à Paris, 1863, et traduit en anglais par M. Chitty, Londres, 1834, mit les principes de Wolff sous une forme plus précise à la portée des gens du monde; il est resté jusqu'aux temps modernes le manuel de la diplomatie. L'école de *Kant* a eu moins de succès dans le droit des gens, à cause de ses principes abstraits et de sa conception trop étroite du droit. Les ouvrages estimés de *Martens* et de *Klüber* se rattachent cependant à cette école. Dans les temps modernes, on doit mentionner: l'ouvrage de M. *Heffter*, professeur à Berlin: *Le droit international de l'Europe*, 6e édit. allem., 1873, 3e édit. franç., 1873, dans lequel les principes philosophiques, empruntés en partie au système de Hegel, ont été combinés avec le droit positif; l'ouvrage s'en tenant plus au droit positif de M. *Wheaton*,

Éléments du droit international[1], 5e édit., 1874, suivi d'un commentaire par M. Lawrence, t. 1 à 3, 1868-73; les ouvrages de M. *Rob. Phillimore*, *Commentaries upon international law*, 1854-61, et de *P. Fiore*, *Nouveau droit international*, 1869, et enfin celui de M. *Bluntschli*, *Das moderne Völkerrecht*, 2e édit., 1872.

Le droit des gens *positif* découle de trois sources principales: 1° de la *science* philosophique, qui, dans ce domaine, a une autorité directe; 2° des *mœurs* et des *coutumes*, qui forment le droit des gens coutumier; en l'absence de lois générales, c'est la coutume qui règne; le droit des gens positif est presque entièrement coutumier; 3° enfin des *conventions* qui ne sont qu'une source spéciale, parce qu'elles n'ont de caractère obligatoire que pour les parties contractantes.

La *politique* du droit des gens, peu cultivée et communément combinée avec le droit des gens philosophique et positif, est la science qui, en s'appuyant à la fois sur les principes rationnels et sur les rapports historiques, passés et présents, indique les réformes préparées par le développement antérieur et réclamées par les besoins actuels.

§ 137.

DES PRINCIPES CONSTITUTIFS DU DROIT DES GENS.

Le droit des gens, fondé dans la nature physique et morale des peuples et concernant leur coexistence et leur commerce, repose sur les principes généraux que nous avons exposés pour l'ordre de droit en général (§ 19).

1° Chaque peuple est une personne morale *distincte* et en même temps un *membre* de l'humanité; il doit donc être

[1] M. Wheaton, ancien ministre plénipotentiaire des États-Unis à la cour de Berlin, est aussi l'auteur de l'*Histoire des progrès du droit des gens en Europe*, couronnée par l'Académie des sciences morales et politiques, 4e édit., 1865. M. Laurent a donné une *Histoire générale du droit des gens*, 18 vol., 1851-71, contenant en réalité, sous le point de vue même de l'humanité, une histoire de la culture humaine.

envisagé dans son *indépendance* et dans sa *souveraineté* relative, en même temps que dans ses relations de *communauté* avec les autres nations.

a. En vertu de sa souveraineté ou de son autonomie relative, chaque peuple forme sa *constitution*, sa *législation* et son *administration*, selon sa manière d'être, de voir et de sentir, selon ses convictions et ses mœurs, et poursuit les buts humains, religieux, moraux, intellectuels, économiques, dans la combinaison qui convient le mieux à son génie national, et par les moyens qu'il considère comme les mieux appropriés à sa destinée. Tout peuple, en un mot, doit être respecté dans son indépendance et dans son autonomie, car ces propriétés découlent de son caractère de personnalité morale.

b. Mais chaque peuple est aussi membre de l'humanité et fait partie d'un tout supérieur; l'humanité vit et agit en lui comme une force cachée, mais irrésistible; elle le pousse soit par l'instinct, soit par la conscience et la raison, à un commerce de plus en plus étendu, à des relations de plus en plus intimes avec d'autres peuples, et lui fait enfin comprendre un *ordre commun* de biens, de droits et de devoirs, dans lequel tous les peuples sont unis par tous leurs intérêts principaux; car aucun but ne peut être bien accompli sans le concours et l'assistance réciproque de toutes les nations. Aucun peuple ne doit se refuser à un *commerce* quelconque avec d'autres peuples, parce qu'un pareil isolement est contre le but de l'humanité, que le droit doit faire respecter.

2° Le *principe direct* du droit des gens est le même que celui de l'État: c'est le *droit* qui doit réaliser les conditions négatives et positives pour le maintien des relations internationales, dans lesquelles les peuples doivent trouver aide et sécurité pour tous leurs buts rationnels. Mais le principe dernier et *final* du droit des gens est la culture humaine, la *civilisation* générale.

3° L'*effet* ou l'expression externe de l'organisme des peuples

doit être un *équilibre* vivant, maintenu par le droit comme une base extérieure des rapports internationaux et comme une condition de sûreté et de progrès paisible pour tous. L'idée d'un équilibre mobile, se modifiant à mesure que les rapports mêmes entre les peuples se transforment, a été de tout temps une règle de conduite pour les gouvernements. Elle était déjà comprise dans l'antiquité[1], mais elle est devenue surtout un principe dirigeant dans la politique des trois derniers siècles. C'est elle qui a amené les guerres entre François I[er] et Charles-Quint, qui a inspiré à la France catholique de soutenir le protestantisme en Allemagne pour affaiblir l'Autriche; qui a enfin plusieurs fois armé l'Angleterre contre la France, aspirant à la domination en Europe. Mais toute la base de l'équilibre a été changée par la naissance et le développement si rapide des États-Unis d'Amérique, dont l'importance croissante se fera de plus en plus sentir dans les affaires politiques de notre continent. L'équilibre fut troublé de la manière la plus audacieuse et la plus menaçante pour l'indépendance de tous les peuples par Napoléon, et rétabli en partie par la grande guerre contre l'usurpateur; il est reconnu depuis comme un principe de l'ordre européen; il peut être défini une situation dans la communauté organique des peuples, telle qu'aucun État ne peut attaquer l'indépendance d'un autre État ou ses droits essentiels sans rencontrer une résistance efficace d'un ou de plusieurs États[2]. Toutefois ce principe a été longtemps conçu d'une manière trop mécanique: on con-

[1] Démosthène fit valoir ce principe contre Philippe de Macédoine, et plus tard, Polybe le formula plus nettement en ces termes: «Ne cujusquam principatus a vicinis sinatur in tantum crescere, hostibus illius oppressis, ut, pro libitu, postea dominare in omnes possit.» Comparez aussi *Hist.*, I. 1. 93.

[2] Talleyrand formula ce principe (à propos de la question du royaume de Saxe) en disant: «Le traité (de Paris) du 30 mai 1814 voulut que tout droit légitime fût respecté et que les territoires vacants, sans souverains, fussent distribués conformément aux *principes* de l'*équilibre européen*, ou, ce qui est la même chose, aux principes conservateurs des *droits* de chacun et du *repos* de tous.» Cette définition ne vaut pas celle de Polybe.

sidérait tout changement extérieur, tout agrandissement territorial comme une atteinte portée à l'équilibre. Le principe de l'équilibre ne condamne pas les États à l'immobilité, et il ne doit pas servir de prétexte pour empêcher l'accroissement régulier d'un État par des moyens licites qui ne lèsent pas les droits d'autrui et qui peuvent seulement engager d'autres États à augmenter aussi, par une culture plus forte de tous les éléments intérieurs, leur puissance extérieure. La théorie de l'équilibre a surtout en vue les accroissements qui sont tentés et accomplis par la guerre; chaque nation a le droit d'examiner si, par de pareils changements, elle n'est pas menacée dans sa propre sûreté ou dans ses intérêts essentiels.

Le changement qui s'opère insensiblement dans l'équilibre amène des modifications analogues dans les *alliances*. Il ne peut pas y avoir d'alliances permanentes; quoique les peuples aient, comme les individus, leurs sympathies et des intérêts plus ou moins communs, les alliances se noueront et se dénoueront toujours d'après les exigences actuelles de l'équilibre. Le principe de l'équilibre est avant tout un principe de morale et de droit; sa garantie la plus sûre est l'esprit de modération et de justice dans les relations internationales; son obstacle est l'esprit d'usurpation et de domination, le césarisme avec son cortége militaire; mais les peuples modernes, bien qu'ils se laissent souvent pendant quelque temps aveugler par la gloire que ce système leur promet, se sentiront bientôt lésés dans tous leurs intérêts de culture et songeront aux moyens de s'en affranchir.

L'équilibre, tel qu'il doit être conçu, a été quelquefois appelé l'équilibre de *droit* et opposé à un équilibre purement *mécanique*; c'est en effet le droit qui devrait être le principe régulateur de l'équilibre des nations. Dans ces derniers temps, plusieurs auteurs ont combattu le principe de l'équilibre et proposé de mettre à sa place le système des *contre-poids*, d'après lequel des changements considérables survenus dans

la puissance d'un pays par un accroissement intérieur ou extérieur devraient provoquer de la part d'autres pays des changements propres à faire contre-poids, et une modification dans les alliances. Mais ce système des contre-poids n'est qu'une partie intégrante du système de l'équilibre; c'est un mode essentiel de son exécution; la meilleure garantie du système d'équilibre se trouve dans le système fédératif.

4° Le *système fédératif* est la véritable *forme* sociale de l'état de droit entre les peuples et doit se développer de plus en plus, en prenant des proportions plus précises. La communauté qui existe depuis des siècles entre les peuples chrétiens de l'Europe s'est revêtue de différentes formes: la forme monarchique sous deux chefs, l'un temporel, l'autre spirituel, dans le moyen-âge; la forme aristocratique sous la prépondérance des grandes puissances dans les temps récents. Aujourd'hui, les grandes puissances se sont elles-mêmes considérées comme formant une *association* générale [1]. Cependant cette association est encore dans un état vague, flottant; elle se manifeste dans les conférences et les congrès, plus fréquents qu'autrefois, mais elle a besoin d'une forme de droit plus nette, pour avoir plus de force et assurer des résultats bienfaisants pour les peuples. Nous pensons que notre époque est mûre pour une véritable association dans certaines formes de droit, quelques restreintes qu'elles soient encore. Mais une telle association doit reposer avant tout sur quelques principes généraux, qui établissent une certaine égalité de constitution et d'administration entre les États associés, et surtout sur une participation plus directe des représentations nationales aux affaires extérieures. Les principes généraux seraient formulés dans une déclaration de

[1] Au congrès d'Aix-la-Chapelle, les plénipotentiaires des cinq grandes puissances déclaraient: «Les souverains ont regardé comme la base fondamentale de leur invariable résolution de ne jamais s'écarter de l'observation la plus stricte du droit des gens, principes qui peuvent seuls garantir efficacement... la stabilité de leur *association* générale.»

droits, concernant les conditions essentielles jugées de commun accord nécessaires pour le bien des peuples, pour leur progrès paisible et pour le repos général.

L'opinion éclairée des gouvernements et des peuples qui sont à la tête de la civilisation ne permet plus d'hésiter sur la nature de ces conditions. Ce sont entre autres : un *système représentatif* sincère, la *liberté de la presse*, réglée par la loi, la liberté des *confessions religieuses*, entourées des mêmes droits civils et politiques, et la fixation périodique du *maximum* de l'*armée* qu'un État peut entretenir en temps de paix. On ne peut pas prétexter qu'une pareille convention porterait atteinte à la souveraineté d'un État; car la souveraineté, qui en principe ne peut être illimitée dans les relations des peuples, se trouve déjà aujourd'hui restreinte par bien des conventions. Les États civilisés de l'Europe se sont entendus pour abolir la traite des noirs; ils se sont interdit, dans le traité de paix de 1856, d'émettre, en temps de guerre, les lettres de marque, etc.; ils peuvent bien aussi s'engager à établir et à maintenir les premières conditions de la liberté humaine, sur lesquelles tous les hommes qui veulent sincèrement l'ordre, la liberté et le progrès sont d'accord. A l'issue des grandes guerres contre Napoléon, les grandes puissances continentales, en constituant la « sainte alliance », prenaient l'engagement de gouverner les peuples d'après les principes du christianisme. Cependant, le christianisme veut partout l'union de l'autorité et de la liberté, tandis que la sainte alliance se montrait en réalité oppressive de la liberté. Du reste, de pures déclarations morales, comme celle de la sainte alliance, ne suffisent pas; il faut qu'elles soient garanties par des formes de droit. Pour que l'association, que des puissances ont déjà reconnue comme existant entre elles, devienne efficace et salutaire pour les peuples, il faut admettre, comme la base la plus restreinte, ces conditions qui sont réclamées par la conscience morale et politique en Europe; elles peuvent seules garantir les États contre les

révolutions, contre les tristes passages périodiques de l'arbitraire des masses à l'arbitraire d'un seul, et contre les oppressions qui deviennent tôt ou tard funestes à ceux-là mêmes qui les ont exercées.

Mais un système fédératif des États civilisés ne peut s'établir qu'à condition que chacun des grands États s'organise lui-même dans son intérieur sur les bases essentielles d'un État fédératif (p. 374), sous certaines modifications commandées par le caractère et les traditions historiques d'une nation. Aussi longtemps qu'il y aura en Europe des États fortement centralisés dont le sort inévitable est d'aboutir au couronnement par le césarisme et le militarisme, il n'y aura pas de garanties sérieuses pour la paix ardemment désirée par les peuples eux-mêmes. Il est surtout d'une haute importance qu'au cœur de l'Europe, en Allemagne, il ne se forme pas un nouvel État unitaire centralisé, absorbant tous les États particuliers, qu'il s'y organise au contraire un véritable État fédératif *(Bundesstaat)*, en harmonie avec tout le caractère, toute l'histoire de la nation allemande, avec les conditions essentielles de la liberté intérieure, du *self-government* et de la paix européenne. Mais l'Allemagne ne peut constituer un tel État qu'à condition que les grands États voisins, et surtout celui de l'ouest, dont elle a toujours été le plus menacée, donnent aussi à l'Europe des garanties de paix, en s'organisant eux-mêmes sur des bases essentielles d'une autonomie plus étendue de leurs grands centres intérieurs, les provinces ou les pays particuliers, et d'après les principes d'un vrai système représentatif, permettant aux intérêts essentiellement pacifiques d'un peuple de prévaloir sur les vues personnelles et sur les fausses idées de gloire et de grandeur qui ont à la fin généralement conduit à l'asservissement intérieur et à l'humiliation dans les rapports extérieurs. L'Allemagne ne peut pas accepter la forme d'un État fédératif comme une condition de faiblesse pour elle-même, mais seulement comme une forme commune pour

la meilleure garantie de la liberté et de la paix de tous les États.

CHAPITRE II.

DIVISION EN DROIT DES GENS GÉNÉRAL ET EN DROIT DES GENS SPÉCIAL [1].

Ordinairement le droit des gens est divisé en droit de paix et droit de guerre. Mais cette division ne concerne que deux états différents dans lesquels les peuples peuvent se trouver pour leurs relations principales de droit. Il faut établir avant tout une division d'après les matières. Sous ce rapport, le droit des gens peut se diviser en trois parties, comme le droit en général: il y a d'abord un droit général et un droit spécial; l'un comprend les principes généraux, le droit personnel, le droit réel, le droit des obligations et le droit concernant les diverses formes d'association de plusieurs États; l'autre expose le droit d'après les buts principaux de la vie des nations, en tant qu'ils deviennent un objet de règlement international. Cette division n'est pas usitée jusqu'à présent, parce qu'on n'a pas encore compris l'importance de la seconde section, qui contient cependant des matières dont le règlement international devient de plus en plus un véritable besoin pour la civilisation. La troisième partie développe le droit relatif à la défense ou à la poursuite des droits internationaux, et particulièrement le droit de guerre.

§ 138.

LE DROIT DES GENS GÉNÉRAL.

Le droit des gens général comprend plusieurs parties.

[1] V. sur les différents modes de grouper les matières du droit des gens: M. Bulmarincq, *Systematik des Völkerrechts*, Dorpat, 1859.

I. Les *principes* généraux constitutifs ont été précédemment exposés (§ 136).

II. Le droit des gens *personnel* contient les droits qui découlent de la personnalité morale des peuples. Ces droits sont en général ceux de toute personne physique et morale. On peut y distinguer entre autres :

1° Le droit d'existence et de conservation;

2° Le droit de dignité et d'honneur;

3° Le droit de l'égalité formelle de chaque peuple indépendant;

4° Le droit de liberté, d'autonomie ou de souveraineté, en vertu duquel chaque peuple peut se donner la constitution et l'administration qui conviennent le mieux à sa manière de voir et de vivre, à ses besoins et à son degré de culture. Le principe de souveraineté intérieure de chaque peuple est lésé par l'*intervention*. Il faut cependant distinguer l'intervention injuste de celle qui est juste. Est *injuste* toute intervention ayant pour but de maintenir chez un peuple ou de lui imposer une forme politique; un État peut seulement être tenu de faire établir dans sa constitution des moyens propres à faire obtenir la réparation d'actes commis par des particuliers, qui léseraient les droits des autres États. Des exemples plus modernes d'intervention injuste sont celle en Pologne (1772), où d'ailleurs la question constitutionnelle n'était qu'un prétexte pour le partage; celle en France lors du commencement de la révolution, de la part des signataires de la convention de Pillnitz (août 1791). A l'époque de la restauration, la sainte alliance se donnait une mission de haute police du continent contre toutes tentatives de réforme libérale, et faisait intervenir en Italie et en Espagne. Mais lorsque, après la victoire remportée par l'intervention française en Espagne, on montrait quelque velléité d'intervenir même en faveur de l'Espagne dans sa guerre avec ses colonies américaines révoltées, l'Angleterre (Canning) éleva non-seulement une protestation énergique (9 octobre 1823), mais détermina encore le Prési-

dent des États-Unis, *Monroe*, à porter au congrès le message du 2 décembre 1823, contenant la célèbre déclaration adoptée par le congrès et portant: «que le gouvernement des États-Unis devait considérer toute tentative de la part des puissances de l'Europe pour étendre au continent de l'Amérique leur système politique spécial comme dangereuse pour la paix et pour la sécurité des États-Unis; qu'il n'était pas intervenu et qu'il n'interviendrait pas en faveur des colonies existantes sous la dépendance des puissances européennes; mais qu'il regarderait comme une manifestation de dispositions hostiles toute intervention ayant pour but d'opprimer les gouvernements dont les États-Unis avaient reconnu l'indépendance ou de contrôler d'une manière quelconque leur destinée..., qu'il était impossible aux États-Unis de regarder avec indifférence cette intervention, sous quelque forme qu'elle eût lieu.» Lors de l'intervention de la France au Mexique, les États-Unis, alors déchirés par la guerre civile, n'ont pas manqué de rappeler cette doctrine Monroe, et ils ont à la fin forcé le gouvernement français à rappeler ses troupes dans les déplorables circonstances qui ont terminé si tragiquement cette malheureuse entreprise. Après la révolution de juillet, le gouvernement français proclama le principe de non-intervention (principalement en vue de la Belgique); mais ce principe fut indirectement lésé par le traité de la quadruple alliance (la France, l'Angleterre, l'Espagne et le Portugal), par rapport à la guerre civile de la Péninsule. Ce principe reste néanmoins la garantie principale pour la juste indépendance des États.

Une intervention peut être justifiée quand elle est dirigée contre une autre intervention injuste, quand elle est la suite d'une obligation contractée, et quand elle se fait sur l'appel d'un peuple qui est d'une manière évidente brutalement opprimé par son gouvernement. Ce dernier cas d'intervention est contesté; mais des puissances civilisées de l'Europe sont intervenues avec raison en faveur de la Grèce, et dernière-

ment encore, par le traité de Paris 1856, en faveur des peuples chrétiens de la Turquie.

5° Le droit général de sociabilité ou de commerce social. Chaque peuple peut exiger que les conditions d'un tel commerce ne soient refusées par aucun autre peuple; il y aurait en cas de refus un droit légitime de contrainte, même par la guerre, parce que les conditions générales de sociabilité doivent être remplies par chaque peuple envers tous les autres. Les mesures que prirent les États-Unis contre le Japon, pour le contraindre de respecter quelques conditions de la sociabilité internationale, étaient irréprochables sous ce rapport.

Les relations entre les peuples étant permanentes, il faut qu'il y ait des envoyés permanents à l'effet de soigner les rapports internationaux entre les États respectifs. Ces envoyés forment aujourd'hui quatre classes: *a.* les légats *a* et *de latere*, les nonces et les ambassadeurs; *b.* les ministres plénipotentiaires; *c.* les ministres résidents; *d.* les chargés d'affaires, qui ne sont accrédités qu'auprès du ministre des affaires étrangères. Ils jouissent de certains droits, spécialement du droit d'*exterritorialité.* La science diplomatique expose les règles et les formes du commerce entre les États, au moyen des envoyés.

III. Le droit des gens *réel* concerne le territoire et ses dépendances, les colonies et la partie de la mer qui appartient à la nation; cette partie est calculée en milles maritimes ou, d'après une autre opinion, s'étend aussi loin qu'elle peut être dominée de la terre par le canon. Le droit réel est donc relatif à l'inviolabilité, aux limites, aux conditions d'acquisition et de perte des propriétés d'une nation.

IV. Le droit des *obligations* se détermine dans le droit des gens comme dans le droit privé. Il prend sa source soit dans des actes juridiques et particulièrement dans des actes bilatéraux ou des conventions, soit dans des lésions ou délits, soit dans des situations ou des états donnés. Les con-

ventions internationales peuvent se rapporter à tous les buts de la vie politique des peuples.

V. Le droit d'association des peuples engendre, outre les *alliances* plus ou moins transitoires, les diverses formes d'*unions* permanentes entre les États, dont nous avons déjà exposé les espèces principales.

§ 138.

LE DROIT DES GENS SPÉCIAL.

Ce droit spécial concerne les divers buts de la vie sociale des peuples. Il en existe des germes dans la pratique, mais il a été trop négligé dans la théorie pour avoir pu trouver, jusqu'à présent, une application plus étendue. Il comprend cependant des branches très-importantes.

I. Il y a d'abord le droit concernant la *religion* et les *confessions*, qui est à peine entrevu et qui demande un règlement international. La religion n'est d'aucun État, elle s'étend par les confessions au-delà des limites d'un pays et ne peut être absorbée dans aucun État particulier. Sans refuser à un État le droit d'organiser les rapports avec les diverses confessions, selon les besoins de culture, néanmoins le principe général de la liberté du culte pour toutes les confessions qui reposent sur les principes fondamentaux de la religion et de la morale, comme les confessions chrétiennes et mosaïque, devrait être consacré par une convention internationale. La souveraineté des États ou des nations ne peut servir de prétexte pour repousser une telle convention, parce que la religion et sa liberté sont au-dessus de toute souveraineté humaine. Déjà le traité de Westphalie contenait d'importantes stipulations relatives aux confessions catholiques et protestantes : les prétendus droits de souveraineté de plusieurs États furent considérablement restreints. Le traité de Paris, du 30 mars 1856, art. 9, renferme aussi

quoique sous une forme très-mitigée, des stipulations en faveur des chrétiens en Turquie. Mais le principe, juste en lui-même, doit être introduit dans tous les États civilisés, afin qu'il n'y ait plus nulle part le triste spectacle de l'oppression d'une confession religieuse.

II. Le droit international concernant les *sciences*, les *belles-lettres* et les *arts*, a reçu une importante application par les conventions conclues pour la suppression de la contrefaçon ou la garantie des droits d'auteurs.

III. Le droit des gens relatif au *commerce* a reçu son plus grand développement dans la politique internationale. Ce droit comprend tout ce qui concerne le règlement des rapports commerciaux entre les peuples, d'après les principes de l'économie nationale et politique. L'institution des *Consulats* a pour but de faire soigner les intérêts commerciaux d'un État dans les autres États.

IV. Le droit des gens *industriel* n'a pas encore trouvé d'application. Il y a cependant bien des objets d'intérêt industriel qui ne peuvent être convenablement réglés que d'un commun accord entre les peuples civilisés. La fixation des heures de travail dans les fabriques et les mines demande spécialement un règlement international, car chaque limitation du temps consacré au travail dans un État renchérit les produits et rend la concurrence plus difficile avec les États qui n'adoptent pas la limite; de sorte que les nations qui établiraient les lois les plus favorables aux intérêts moraux et économiques des classes ouvrières se placeraient dans les conditions les plus désastreuses pour la concurrence. Cette matière, qui intéresse le bien-être des États eux-mêmes, ne peut donc être convenablement réglée que par une convention internationale[1].

V. Enfin il y a un droit des gens *politique*, concernant

[1] Ce principe est conforme au vœu qui fut émis, avec ma participation, au *Congrès de bienfaisance* de Francfort, en 1857.

l'existence et la forme des États. Ce droit a depuis longtemps trouvé une application dans les traités de garantie, dans les stipulations de neutralité perpétuelle, etc.; mais il doit s'étendre encore aux formes constitutionnelles et représentatives des États civilisés. Nous avons déjà exprimé plus haut (p. 507), notre conviction que, pour le progrès paisible et la sécurité générale, les conditions principales de la vie politique des peuples devraient être garanties par une convention internationale. Le repos de l'Europe, sans cesse menacé et souvent troublé par des révolutions ou par des guerres, trouvera sa meilleure garantie dans l'application sincère des formes constitutionnelles et représentatives; c'est le seul moyen d'éviter la réalisation de la prédiction faite par Montesquieu et si près de s'accomplir de nos jours: «L'Europe se perdra par les gens de guerre.»

§ 140.

DU DROIT DE DÉFENSE ET DES MODES DE POURSUIVRE LES DROITS INTERNATIONAUX.

Le droit de *poursuite* comprend les conditions et les formes sous lesquelles les droits d'un État, quand ils sont lésés, peuvent être défendus et rétablis. Il s'exerce sous trois modes:

1° Le premier mode consiste à régler *amiablement* le litige. Il embrasse les expositions ou *mémoires* politiques, les *bons offices* acceptés, enfin la *médiation* et le *compromis.*

2° Le second mode comprend les *mesures de contrainte*, sans guerre; ce sont les *représailles* ou les moyens de rétention qu'un État emploie par rapport à des personnes ou à des choses de la partie adverse, pour la déterminer à remplir ses obligations.

3° Le troisième mode ou le moyen extrême, est la *guerre* soumise à des conditions et à des formes que le progrès moral des peuples a rendues peu à peu plus humaines. Une

guerre selon les principes du droit des gens ne peut se faire qu'entre États indépendants. Dans une fédération d'États, il ne peut y avoir qu'une guerre d'exécution pour les mesures résolues par l'autorité fédérative, comme dans la guerre de 1847 en Suisse, et dans la guerre américaine de 1861-65. Dans la guerre allemande de 1866, le double caractère à la fois fédératif et international des deux principaux États combattants, la Prusse et l'Autriche, a amené, contre les principes du droit des gens réglant les rapports entre confédérés, l'anéantissement même d'États fédérés indépendants.

Le droit de guerre concerne tant les rapports entre les parties *belligérantes* que les rapports des *neutres*. Ceux-ci se trouvent dans une neutralité limitée ou complète (la seule véritable). Le principe généralement admis aujourd'hui est que la guerre ne se fait pas contre les personnes privées, mais entre les États ou plutôt entre leurs armées, de sorte que les non-combattants sont respectés, ainsi que les *propriétés* des particuliers. Par la convention de Genève du 22 août 1864, à laquelle ont accédé maintenant tous les États civilisés, la France, l'Angleterre, la Prusse, les États-Unis, etc., et en dernier lieu l'Autriche (1866) et la Russie (1867), on a étendu le bénéfice de *neutralité* à tous ceux qui soignent des blessés, et fixé les conditions sous lesquelles ceux qui, après leur guérison, ne peuvent plus servir peuvent être immédiatement renvoyés.

La guerre *maritime* fait encore exception à ce principe; les propriétés privées transportées par navire de commerce y sont exposées dans certains cas à être capturées. Cependant tout fait espérer que le principe du respect de la propriété s'appliquera dans un avenir peu éloigné à la guerre maritime comme à la guerre continentale. Bien des progrès sont déjà réalisés. Le dernier traité de Paris, du 30 mars 1856, a sanctionné précisément pour la guerre maritime d'importants principes, soutenus depuis longtemps par la théorie, reconnus plusieurs fois dans des traités particuliers,

mais auxquels l'Angleterre avait refusé son assentiment. Les puissances signataires de ce traité ont arrêté les principes suivants, formulés dans une déclaration solennelle: 1° La course est abolie. 2° Le pavillon neutre couvre la marchandise ennemie, excepté la contrebande de guerre. 3° La marchandise neutre, à l'exception de la contrebande de guerre, même sous pavillon ennemi, ne peut être saisie. 4° Les blocus, pour être obligatoires, doivent être effectifs. Ces principes ne lient cependant que les puissances qui y ont adhéré. Le gouvernement des États-Unis ne les a pas acceptés, parce qu'il voulait aller plus loin. Il déclarait (par la dépêche de Marcy) qu'il ne pourrait adhérer aux articles du traité que sous la condition que les puissances reconnaîtraient d'un commun accord le grand principe de l'*inviolabilité de la propriété privée sur mer comme sur terre.* Cette déclaration fut bien accueillie par la plupart des puissances et reçut une adhésion formelle de la part de la Russie, mais l'Angleterre refusa d'en reconnaître les principes. Les résolutions prises par le commerce de Brême (du 2 décembre 1859) en faveur de la demande des États-Unis, et fortement soutenues par l'opinion publique, la presse et des assemblées politiques en Allemagne, n'ont pas non plus trouvé un accueil favorable auprès du gouvernement britannique[1].

[1] Lord Palmerston fit remarquer à une députation brêmoise, qu'elle se trompait sur l'état véritable des choses; que, dans les guerres de terre, les personnes privées étaient sous beaucoup de rapports lésées dans leur propriété par le logement des troupes, les contributions, les dévastations, etc., pour lesquelles il n'était jamais donné un dédommagement suffisant. L'observation n'est que trop juste et n'a été que trop confirmée dans les dernières guerres de 1866 et de 1870-71; mais, de même que les États-Unis auraient bien fait d'accepter les quatre articles indiqués, sauf à en poursuivre le complément nécessaire, de même le gouvernement anglais a eu tort de repousser un principe important, sous prétexte que ce principe n'était pas encore suffisamment pratiqué dans les guerres de terre.

CONCLUSION.

Quand nous jetons à la fin un coup d'œil rapide sur le développement du droit des gens, sur les progrès qui ont été accomplis et sur ceux qui restent encore à faire, nous avons d'abord à constater que c'est surtout après la révolution française, proclamant de nouveaux principes politiques, et après la chute de Napoléon, amenée par le soulèvement de toutes les nations si violemment blessées dans leur droit d'indépendance, qu'un meilleur esprit de justice, de moralité et d'humanité a pénétré peu à peu dans la pratique du droit des gens. Les droits de la *libre personnalité* des hommes et des peuples ont été de plus en plus reconnus. Déjà le congrès de Vienne s'était, par sa déclaration du 8 février 1815, prononcé énergiquement contre la traite des noirs comme étant «une honte pour l'Europe et une violation de l'humanité»; et depuis la victoire de l'Union américaine sur la rébellion des États à esclaves, la traite a perdu son dernier appui. La grande mesure de l'abolition du servage en Russie, opérée par le manifeste de l'empereur Alexandre II, du 15 février 1861, a fait entrer cet empire plus résolûment dans le mouvement de la civilisation. En Turquie, les populations chrétiennes si longtemps opprimées conquièrent de plus en plus leurs droits. Depuis la chute de Napoléon jusqu'à la guerre d'Orient en 1853, l'Europe avait joui d'une heureuse paix, et les gouvernements avaient pris un soin particulier d'éviter la guerre, en instituant des congrès ou des conférences, à l'effet de terminer à l'amiable les différends propres à troubler la paix (par exemple, la conférence de Londres, en 1831, par rapport à la séparation de la Belgique et de la Hollande). De plus, tout ce qui concerne le *commerce* entre les peuples a été mieux réglé par la reconnaissance de la liberté des mers et des grands fleuves navi-

gables (du Danube enfin, par la paix de Paris de 1856). Toutefois, depuis la guerre d'Orient, l'esprit de guerre a été rallumé en 1863, et il est loin d'avoir été apaisé. En premier lieu, il faut en chercher la cause dans les graves problèmes de politique intérieure et extérieure (question d'Orient, question d'Italie et question des rapports de l'Autriche avec l'Italie, question allemande), que les parties intéressées n'avaient pas eu la prévoyance et la modération de résoudre d'après les justes vues d'équilibre, d'indépendance nationale et de plus forte union nationale. Ces guerres, ayant fait naître de nouveaux motifs et de nouvelles appréhensions de guerre, ont nourri à un haut degré l'esprit militaire et ont presque transformé le continent européen en un grand atelier d'armes et en un vaste campement militaire prêt à s'ébranler à la première impulsion, et à s'entrechoquer avec une grande violence dans ses parties hostiles. Cette recrudescence de l'esprit militaire impose de nouvelles obligations à tous les amis du développement des nations dans l'esprit de la liberté et de la paix.

Dans la situation actuelle des peuples civilisés, les efforts de réforme dans les rapports du droit des gens doivent porter principalement sur les points suivants.

D'abord, il ne faut pas se lasser d'exiger que le principe, que la guerre ne se fait qu'entre les États et non contre des personnes et des propriétés privées, soit reconnu dans toutes ses conséquences pratiques, pour que le *système de rapine*, pratiqué encore par les parties belligérantes envers la propriété privée, soit définitivement aboli. Il ne faut pas se bercer de l'illusion que ce système soit déjà abandonné dans les guerres de terre. Tout ce que l'ennemi exige sans dédommagement suffisant dans le pays occupé peut souvent dépasser de beaucoup les pertes que le commerce éprouve par la rapine faite sur mer par les croiseurs (ou les corsaires), pertes que le commerce peut prévenir en ne s'engageant pas dans des affaires maritimes, tandis que, dans les guerres de terre, les

particuliers ne peuvent pas se soustraire à ces violences et exactions.

Sur le continent de l'Europe, l'absolutisme militaire a obligé les familles, même en temps de paix, aux logements militaires, qui portent toujours plus ou moins le trouble dans la vie intime de la famille. Cette violation du droit de famille doit être repoussée par l'adoption du principe formulé dans le troisième article additionnel de la constitution des États-Unis, et portant « qu'aucun soldat ne peut être logé, en temps de paix, dans une maison sans le consentement du propriétaire, et en temps de guerre seulement de la manière prescrite par la loi ».

La conscription militaire que la révolution française et Napoléon ont légué au continent européen comme l'arme la plus formidable du despotisme (elle n'existe ni en Angleterre, ni aux États-Unis) ne peut être justifiée ni par le droit naturel, ni par la morale; mais comme les peuples du continent ne peuvent espérer de sitôt de se débarrasser de cette institution (qui, comme la guerre des États-Unis l'a prouvé, n'est nullement nécessaire pour trouver, pour une guerre juste et nationale, le nombre nécessaire de combattants), tous leurs intérêts moraux et économiques doivent les engager à chercher quelques remèdes efficaces aux accroissements exorbitants des contingents militaires et à ces guerres où les pères de famille même ne sont pas ménagés. Car si l'on allait encore plus loin dans cette voie, on reviendrait presque aux temps des Cimbres et des Teutons, où les populations entières allaient au combat. Comme une réforme de cet état des choses ne peut pas être accomplie isolément par une seule nation, il faut que les nations civilisées tendent à ce que, par un traité international, un *maximum du contingent militaire* soit fixé d'après la population relative de chaque État.

Comme les nations, par suite de leurs rapports intimes constitués par tous les intérêts de culture, sont aujourd'hui

naturellement portées à la paix, la meilleure garantie de la paix sera acquise quand la constitution et toute la pratique politique intérieure donnera à la représentation nationale la puissance nécessaire pour faire valoir les vœux de la nation et empêcher des guerres dans lesquelles des intérêts nationaux servent seulement de prétexte à des intérêts dynastiques et à des vues de domination et de gloire. La théorie de « l'esprit borné des sujets » *(beschränkter Unterthanen-Verstand)*, proclamée encore il y a trente ans dans un grand pays allemand, et adoptée aussi plus ou moins dans le système d'autres gouvernements, a dû céder à quelques commencements plus ou moins heureux de pratique constitutionnelle pour les affaires intérieures, mais elle est maintenue pour les affaires extérieures et surtout pour la guerre; or, c'est ici que les corps représentatifs ont encore à faire triompher les intérêts et les vœux des nations, et à opposer au système de l'impérialisme militaire la déclaration énergique, commendée par tous les principes de religion, de moral et de bien-être économique : *Non volumus*, nous n'en voulons plus.

Enfin le point capital consiste à faire disparaître les *causes* de guerre entre les nations. Or, le moyen principal réside dans une telle organisation intérieure des États, que toute la puissance d'une nation soit distribuée d'après les principes du système *fédératif*, en vue des intérêts de culture paisible, dans un ensemble de sphères et de foyers intérieurs correspondants, sans être absorbée par le pouvoir central. Tous les États constitués en quelque sorte en forme de pyramide, comme une grande machine de centralisation bureaucratique, ne sont pas seulement le tombeau de la liberté d'une nation, mais sont aussi la plus redoutable machine de guerre, maniée facilement par ceux qui sont en possession du levier. Le système fédératif intérieur, au contraire, est la véritable organisation d'une nation pour la liberté et pour la paix, et la meilleure préparation pour l'établissement d'un *système fédératif international*, comme acheminement vers l'alliance de toute

l'humanité dans une paix perpétuelle. Par une heureuse inspiration, les États-Unis ont adopté pour leur fédération la belle bannière dans laquelle ne figurent plus de bêtes sauvages symboliques, mais qui brille d'autant d'étoiles qu'il y a d'États-membres de l'Union. Une telle bannière est le vrai symbole fédératif. Car dans chaque État, les diverses sphères de culture forment autant de foyers, reflétant chacun d'une manière particulière la lumière d'une idée divine, et, dans le système fédératif de l'humanité, toutes les nations sont appelées à s'élever par leur travail à un degré de culture de plus en plus harmonique, à présenter chacune le type d'une noble face humaine, à briller d'un éclat particulier, et à former toutes en quelque sorte le beau système d'étoiles qui composent le firmament de l'humanité, pénétrée elle-même de l'esprit toujours vivifiant de la Divinité.

La *paix perpétuelle* n'est pas une utopie irréalisable, elle est une promesse des temps anciens, une espérance renouvelée par le christianisme, une destinée que les peuples conçoivent toujours plus clairement, et qu'ils réaliseront un jour d'autant plus sûrement qu'ils entreront, par la culture paisible de tout ce qui est divin et humain, dans la voie que la Providence a tracée pour le perfectionnement incessant de l'humanité.

FIN.

Imprimerie de F. A. Brockhaus a Leipzig.

